



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

Degradering og «endringsoppsigelse». Rimelighet ved oppsigelse på grunn av arbeidstagers forhold – HR-2019-928-A

En overstyrmann på Hurtigruta hadde begått alvorlige feil i tjenesten, og ble sagt opp fra sin stilling. Han fikk samtidig tilbud om stilling som førstestyrmann, en stilling som har lavere rang enn den han opprinnelig hadde, men med mange av de samme arbeidsoppgavene. Saken gjaldt spørsmålet om oppsigelsen var gyldig etter skipsarbeidsloven § 5-6 første ledd. I Nord-Troms tingrett vant arbeidsgiver frem, mens Hålogaland lagmannsrett kom til motsatt resultat. Høyesterett kom enstemmig til at oppsigelsen var saklig, og la vekt på at det dreide seg om en «endringsoppsigelse».

Hendelsene som var anført som begrunnelse for oppsigelsen fant sted på en seilas mellom Tromsø og Finnsnes. Kapteinen på skipet «MS Finnmarken» hadde frivakt, og det var overstyrmannen som skulle bringe skipet til Finnsnes. Med seg hadde han en førstestyrmann som var nyansatt. Seilasen mot Finnsnes innebar seiling gjennom et trangt sund, Finnsnesrenna. Ved seiling her har man valget mellom to skipsleder – østre og vestre løp. Før avgang ga kapteinen beskjed til overstyrmannen om at vestre løp skulle følges på grunn av værforholdene.

Overstyrmannen diskuterte ikke dette med førstestyrmannen, og fortalte heller ikke om beskjeden fra kapteinen. Førstestyrmannen la derfor inn den seilingsplanen som lå i mappen for kvalitetssikrede seilingsruter. Dette innebar seiling gjennom østre løp. Kort tid før Finnsnesrenna ga overstyrmannen kontrabeskjed. Ruteplanen ble ikke endret, men skipet ble styrt manuelt gjennom vestre løp. Overstyrmannen gjorde så en feilvurdering av kurs, og la hardt over mot babord side. Dette medførte grunnberøring av babord ror, og skipet var etter dette ute av drift i åtte dager – noe som medførte betydelig inntektstap for Hurtigruten AS. Arbeidstageren fortsatte likevel å seile som overstyrmann i halvannen måned, inntil han mottok innkalling til drøftelsesmøte. Det fremgår av tidligere instansers behandling av saken at overstyrmannen var sykemeldt på grunn av en operasjon da han fikk innkallingen. Han mottok deretter oppsigelse fra sin stilling som overstyrmann på grunnlag av «mangelfull og feil bruk av navigasjonsinstrumenter, sviktende kommunikasjon og mangelfull planlegging». Samtidig med oppsigelsen fikk han tilbud om stilling som førstestyrmann. Han takket ja, under forutsetning av at han fortsatt kunne prøve om oppsigelsen var gyldig.

Avgjørelsen er bemerkelsesverdig av flere grunner. Det skal i utgangspunktet svært mye til for at en arbeidstager kan sies opp fra sin stilling på grunn av forhold ved arbeidstageren selv. Rt. 2009 s. 685 *Webredaktør* bekrefter at normen skal tolkes strengt. I dette tilfellet dreide det seg om en konkret feilbedømming og påfølgende feilnavigasjon knyttet til en enkelt hendelse og over et kort tidsrom. I tiden etter hendelsen fortsatte arbeidstageren i sin stilling som overstyrmann på «MS Finnmarken» med tillit fra arbeidsgiver, inntil oppsigelse ble gitt.

Ordlyden i skipsarbeidsloven § 5-6 (1) er identisk med den i arbeidsmiljøloven § 15-7 (1). Det følger imidlertid av forarbeidene at hensynet til skipets, mannskapets og passasjerenes sikkerhet vil påvirke saklighetsvurderingen. Det er ikke tvil om at det må kunne stilles strenge krav til ledelsen om bord på skip. Dette følger også av tidligere praksis. Det er heller ikke tvil om at overstyrmannen på «MS Finnmarken» gjorde dårlige vurderinger og feil i tjenesten i forbin-

Innhold nr. 3

Arbeidsrett	1
Arverett.....	5
Familierett	6
Fast eiendom	8
Immaterialrett	9
Kontraktsrett.....	15
Pengekravsrett	22

delse med manøvreringen av skipet gjennom Finnsnesrenna. Sammenlignet med tidligere rettspraksis synes avgjørelsen imidlertid å legge listen for oppsigelse lavere. Særlig gjelder dette dersom vi sammenligner med avgjørelsen i Rt. 2003 s. 1702 *Flykaptein*. Her var det tale om både markant sikkerhetsbrudd ved grov uaktsomhet og lengre tids tillitsbrudd mellom den ansatte og selskapets ledelse. Det er ikke lett å se at feilene overstyrmannen gjorde på «MS Finnmarken» under seilasen kan sies å være av samme kaliber. Domspremissene gir grunn til å reise spørsmål om hvorvidt terskelen for oppsigelse ville være oppnådd dersom arbeidsgiver ikke samtidig hadde gitt arbeidstageren tilbud om ny stilling.

Tidligere praksis bygger på en lovtolkning som innebærer at det også ved oppsigelse på grunn av arbeidstagers forhold skal foretas en interesseavveining, se for eksempel Rt. 2009 s. 685 *Webredaktør* (avsnitt 52). Denne avgjørelsen følger samme linje. Det spesielle er imidlertid den vekten retten synes å legge på at det er gitt tilbud om ny stilling. Dette gjør at det er betimelig å reise spørsmålet om hvorledes en rimelighetsvurdering i tilfeller hvor det dreier seg om oppsigelse på grunn av arbeidstagers forhold bør foretas. Det er ikke gitt at rimelighet skal vektas på samme måte der oppsigelsen skyldes forhold på den ansattes side som ved driftsinnskrenkninger, noe Høyesterett i og for seg er inne på i avgjørelsens avsnitt 50.

Det å godta at arbeidsgiver kan gjennomføre en oppsigelse og la tilbud om ny stilling – i praksis – virke som en lempningsregel, vil kunne føre til en uthuling av stillingsvernet. Det har hittil ikke vært grunnlag for å forstå endringsoppsigelse som en lempningsregel. Tilbud om ny stilling kan bare virke inn i en rimelighetsvurdering på den måten at oppsigelsen ikke får så store konsekvenser for arbeidstager som den situasjonen der arbeidstageren blir stående uten arbeid.

Denne saken dreier seg i realiteten om en ren degradering på grunn av feil begått i tjenesten. Det kan derfor være interessant å reise spørsmålet om hvorvidt en degradering i enkelte tilfeller kan tenkes å ligge innenfor styringsrettens dynamiske grenser. Dersom det er tilfellet, vil det være unødvendig å gå veien om en «endringsoppsigelse».

Anette Grønnerød-Hemmingby,
Handelshøyskolen BI

Arbeidstid og bedrift er ikke arbeidstid og bedrift – AR-2019-19

Et ord betyr ikke alltid det samme. Det er ikke enestående, men det illustreres godt av denne dommen. Saken gjaldt tolkning av § 4 nr. 3 i renholdsoverenskomsten mellom LO/Norsk Arbeidsmandsforbund og NHO/NHO Service og Handel:

«Renholdere som blir pålagt arbeidsoppdrag på flere arbeidssteder for samme bedrift skal ha beregnet

arbeidstid og lønn for løpende tid mellom oppdragene. Dette gjelder også patruljetjeneste.»

Problemstillingen i saken var, i korthet: Skal plikten til å beregne arbeidstid og lønn for løpende tid mellom oppdrag på flere arbeidssteder for «samme bedrift», gjelde ved oppdrag flere steder for samme *arbeidsgiver* eller ved oppdrag flere steder for samme *oppdragsgiver*? (Avsnitt 1, 37.) Arbeidsgiveren, renholdsbedriften, kan ha flere kunder – oppdragsgivere – og større kunder kan ha renholdsoppgaver som skal utføres ulike steder i foretaket. Som et tenkt eksempel: Universitetet i Oslo med Det juridiske fakultets lokaler i St. Olavs gate 23, Domus Nova i Pilestredet og SMR i Cort Adelers gate 30. En neste oppdragsgiver kan så være et advokatfirma på Tjuvholmen.

Efter overenskomstens §§ 1 og 2 skal det fastsettes et «rammetimetall» som en basis for lønnsberegning. Dette er et stipulert timetall for det enkelte *arbeidsområde*. Innenfor denne tidsrammen skal det være mulig å utføre arbeidsoppgavene i henhold til renholdsplanen og arbeidets omfang. Rammetimetallet omfatter ikke løpende tid mellom oppdrag; det var ikke omtvistet. Spørsmålet var om overenskomstens § 4 nr. 3 er en selvstendig lønnsbestemmelse (avsnitt 38, 39). «Nøkelen» lå i forståelsen av bedriftsbegrepet i § 4 nr. 3.

Arbeidsretten pekte på at begrepet «bedrift» brukes flere steder i overenskomsten. Isolert sett kan det «forstås som en henvisning til renholdsbedriften, det vil si arbeidsgiveren. Dette samsvarer med hvordan begrepet bedrift brukes ellers i overenskomsten. Paragraf 1 nr. 6 om arbeidstid skiller for eksempel mellom bedrift og kunde. ... Bedrift må her forstås som renholdsbedriften og ikke oppdragsgiver» (avsnitt 40). Annerledes derimot med § 4 nr. 3: Der er begrepet «ikke entydig når det inngår i formuleringen ‘samme bedrift’». Arbeidsretten fremholdt at «[r]enholderen må være pålagt arbeidsoppdrag på ‘flere arbeidssteder’ for samme bedrift. ‘Arbeidssteder’ er arbeidsområdet hos oppdragsgiveren, og må ses i sammenheng med arbeidsoppdraget. Bestemmelsen utfyller reglene om rammetimetall ...», og dette timetallet fastsettes ut fra renholdsarbeidet hos *oppdragsgiver*.

Arbeidsretten (flertallet, 5–2) konkluderte med at «bedrift» i § 4 nr. 3 skal forstås som kundens (oppdragsgiverens) bedrift, ikke som arbeidsgiveren. Veien frem til tolkningsresultatet var konkret og metodisk konvensjonell. Det er ikke den som har interesse her.

Det som er verdt å peke på, er hvordan termen «bedrift» i tariffavtalenes verden kan bety flere og helt ulike ting. Den kan bety «arbeidsgiveren», som her i renholdsoverenskomstens § 1 nr. 6. Det vil normalt samsvare med arbeidsmiljølovens begrep «virksomhet» som den juridiske person som er arbeidsgiver og hele dennes aktivitetssfære, slik eksempelvis Arbeidsretten la til grunn for «ansiennitetsbestemmelsen» i hovedavtalen LO–NHO (arbeidere) § 8-2 i ARD 2016 s. 151 *Nokas* (avsnitt 67, «*hele* bedriften» [*sic*]). Men «bedrift» kan også, og i samme avtale, bety en avgrenset del av arbeids-

giverens (foretakets) aktivitetssfare, som i bestemmelser om «avtalevalg» m.v. i hovedavtalen LO–NHO (arbeidere) § 3-7 flg. og tilsvarende bestemmelser i andre hovedavtaler. Og «bedrift» kan altså, som i renholds-overenskomsten, også bety en annen enn arbeidsgiveren. Formodentlig vil det da være denne andre, oppdragsgiveren, som juridisk person som omfattes, oppdragsgiveren som «virksomhet» i arbeidsmiljølovens forstand. Men generelt sett er ikke det noen selvfølge. Det er et tolkningsspørsmål i det enkelte tilfelle, med variasjonsmuligheter både innad i og mellom ulike tariffavtaler.

Slik er det også med «arbeidstid». Arbeidsmiljøloven har ett begrep, tariffavtaler kan ha andre. «Alminnelig ukentlig arbeidstid» er oftest ulike størrelser, da blir begrepet om «overtid» ikke det samme. Arbeidstid kan være lønnet tid, men kan også være ulønnet. Som i renholdsoverenskomsten: «Løpende tid» mellom oppdrag i «samme bedrift» skal regnes som arbeidstid og gir grunnlag for lønn. Tid for forflytning fra én kunde (oppdragsgiver) til en annen gir derimot ikke grunnlag for lønn, men vil som regel måtte regnes som arbeidstid etter loven og da formodentlig også etter overenskomsten.

Det er grunn til å ha dette in mente. Domstolene bruker ofte termer som «virksomhet», «bedrift» og «selskap» – men sjelden «foretak» – om hverandre. Og som Arbeidsretten bemerket i dommen her (avsnitt 39), er «lovens regler om arbeidstid og tariffavtalens regler om beregning av lønn “to separate regelsett, som hver for seg må forstås i den sammenheng de inngår i”», med henvisning til ARD 2001 s. 16 og HR-2018-1036-A (*Politi og reisetid*; kommentert i *Nytt i privatretten* nr. 3/2018, s. 3–5).

Grunnleggende metodekunnskap, dette, at ord ikke alltid betyr det samme. Det er som Humpty Dumpty sa til Alice: «Når jeg bruker et ord, betyr det akkurat hva jeg velger at det skal bety» (etter Lewis Carroll, *Through the Looking-Glass*, 1871).

Stein Evju

Virksomhetsoverdragelse, judisielt styrt gjeldssanering, erververs oppsigelsesadgang, ikke seleksjonsadgang – EU-domstolens dom 16. mai 2019, Plessers, C-509/17, EU:C:2019:424

Direktivet om virksomhetsoverdragelse, 2001/23/EF, har ikke anvendelse for insolvensbehandling der siktemålet er avvikling («likvidasjon») av virksomheten, medmindre staten fastsetter noe annet, jfr. artikkel 5 nr. 1. Arbeidsmiljøloven holder seg til utgangspunktet og gjør unntak for anvendelsen av §§ 16-2 og 16-4, jfr. § 16-1 (2). Derimot har reglene anvendelse ved judisielt styrt gjeldssanering med formål å sikre fortsatt drift i virksomheten. Det vil nærmest være gjeldsforhandling for norsk del. Dommen i *Plessers* bekrefter disse grunnleggende utgangspunktene som har lang forankring i EU-domstolens rettspraksis, fra *Abels* i 1985 (sak 135/83, EU:C:1985:55) til *FNV a.O.* i 2017 (sak C-126/16, EU:C:2017:489).

Dommen bekrefter også en annen regel som er viktig nok. Domstolen pekte på at det alminnelige forbudet mot oppsigelse i direktivets artikkel 4 nr. 1 *ikke* er «til hinder for at oppsigelser kan foretas av økonomiske, tekniske eller organisasjonsmessige årsaker som medfører endringer i arbeidsstyrken», med en spesiell henvisning til *Kirtruna og Vigano* (sak C-313/07, EU:C:2008:574). Bestemmelsen har ingen direkte parallell i arbeidsmiljølovens kapittel 16. Ved inkorporasjonen i 1992 av det eldre virksomhetsoverdragelsesdirektivet bygget man på at (også) slike spørsmål måtte løses gjennom en saklighetsvurdering etter arbeidsmiljøloven av 1977 § 60 nr. 2 (jfr. Ot.prp. nr. 71 (1991–92) s. 34), nå arbeidsmiljølovens § 15-7 annet ledd (det har ikke skjedd endringer med 2005-loven). Direktivets artikkel 4 nr. 1 annet punktum har fått ganske liten oppmerksomhet her hjemme; kommentarlitteraturen er heller ikke à jour. Dommen i *Plessers* er derfor verdt å merke seg. Det *kan* gi berettiget grunn til oppsigelser hvis det oppstår overtallighet hos overdrageren *eller* erververen, med en forsåvidt kjent reservasjon om at årsakene ikke knytter seg umiddelbart (egentlig, direkte, «intrinsically») til overdragelsen. Det siste var ikke tilfellet i saken. Men nasjonal rett tillot erververen å velge hvilke av overdragerens arbeidstagere den ville beholde, selv om det ikke kunne påvises at nettopp disses overtallighet skyldtes «økonomiske, tekniske eller organisasjonsmessige årsaker». Det, sa EU-domstolen, ikke overraskende, var ikke forenlig med direktivet.

Stein Evju

Virksomhetsoverdragelse, arbeidstagerbegrep, offentligrettslig erverver, ikke adgang til seleksjon eller vilkårsreduksjon – EU-domstolens dom 13. juni 2019, Correia Moreira, C-317/18, EU:C:2019:499

Saken byr på et komplekst faktum, men for problemstillingenes del kan det sammenfattes slik: Correia Moreira var ansatt i et privatrettslig foretak, Portimão Urbis, i det som etter portugisisk rett klassifiseres som en «betrodd stilling» («position of trust», «Vertrauensstellung»). I oktober 2014 godkjente kommunen, Portimão kommune, avvikling av foretaket som ledd i en plan der kommunen skulle overta en del av virksomheten og en annen del skulle overtas av et kommunalt foretak. Correia Moreira fulgte med over til kommunen og arbeidet der, også i en «betrodd stilling», fra 1. januar 2015. I juli samme år meddelte kommunen at det skulle gjennomføres en «konkurranse» («competition», utvelgelsesprosedyre); det er en ganske ordinær form for kvalifisering og utvelgelse til stillinger i offentlig tjeneste i flere land, ikke bare i Portugal. Correia Moreira kom på topp i konkurransen, men ble likevel meddelt at hun ville få lavere lønn enn den hun fikk hos Portimão Urbis. Hun godtok ikke dette. Derefter fikk hun oppsigelse fra Portimão Urbis 26. april 2017. Avviklingsprosessen for foretaket ble først

registrert som fullført 2. januar 2018. Correira Moreira reiste søksmål mot kommunen.

Det første spørsmålet for EU-domstolen var om en person med ansettelse i «betrodd stilling» kan anses som «arbeidstager» i virksomhetsoverdragelsesdirektivets forstand; direktiv 2001/23/EF. Det besvarte domstolen kontant. Enhver som har beskyttelse som arbeidstager i nasjonal rett, er omfattet av direktivet. Det stilles ikke særskilte krav om et visst innhold i eller en viss styrke av det nasjonalrettslige vernet. Direktivet skal ikke utvide, men skal sikre at det vern en person har etter nasjonal rett, ikke forringes på grunn av virksomhetsoverdragelsen (avsnitt 46–48).

Det andre spørsmålet var om det at erververen var en offentlig myndighet, en kommune, gjorde det berettiget at berørte arbeidstagere hos overdrageren måtte gjennomgå en offentlig konkurranseprosedyre og dernest få et nytt ansettelsesforhold med kommunen. Kommunen påberopte Artikkel 4 nr. 2 i EU-traktaten (TEU) om, blant annet, respekt for medlemsstatenes nasjonale identitet slik «den kommer til uttrykk i deres grunnleggende politiske og forfatningsmessige strukturer, herunder regionalt og lokalt selvstyre». Domstolens svar var ganske kontant også her. Det er vel etablert gjennom rettspraksis at det at erververen er en offentligrettslig juridisk person, herunder en kommune, ikke utelukker at direktivet kan ha anvendelse. Det gjelder likevel ikke der det er tale om en enhet hvis aktiviteter er utøvelse av offentlig myndighet. Men etter spørsmålsstillingen fra den foreleggende rett la EU-domstolen til grunn at dette siste var det ikke tale om i saken (avsnitt 53–55). I et slikt tilfelle er det uforenlig med direktivets artikkel 3 nr. 1 dersom det stilles krav om å gjennomgå en utvelgelseskonkurranse for å få et nytt ansettelsesforhold, og likeledes at vedkommende i en ny stilling vil få lavere lønn enn hos overdrageren i minst ti år (avsnitt 58–60). På et felt der medlemsstatene har overdratt kompetanse til EU, slik som på direktivets område, kan TEU artikkel 4 nr. 2 ikke tolkes dithen at bestemmelsen fratar arbeidstagere det vern gjeldende unionsrett gir.

I korthet: Ingen som har en form for beskyttelse som arbeidstager i nasjonal rett, kan unntas fra det vern direktivet skal gi. En erverver kan ikke kreve at berørte arbeidstagere skal gjennomgå en egen ansettelsesprosess for å kunne bli overtatt, eller velge hvem som skal overtas ut fra en slik prosess. Det gjelder selv om erververen er en offentlig myndighet. Ordinære ansettelsesprosedyrer må vike i slike tilfeller. Og arbeidstagere som overtas, kan ikke gis dårligere vilkår på grunn av virksomhetsoverdragelsen. Ingen av delene er egentlig nytt, men også denne dommen gir en påminnelse som kan være tjenlig. Når det gjelder utvelgelse av hvem som skal overtas, supplerer den dessuten på sitt vis dommen *Plessers*, ovenfor.

Stein Evju

Krav på arbeidsgivere att registrera arbetstid. EU-domstolens dom den 14 maj 2019, CCOO, C-55/18

Medlemsstaterna måste ha system för att fastställa den dagliga arbetstiden för varje arbetstagare. Det följer av såväl primärrätt som sekundärrätt. Det slog EU-domstolen fast i CCOO i maj tidigare i år.

Huvudfrågan i saken var huruvida spansk rätt som föreskriver en skyldighet för arbetsgivare att registrera arbetstagarnas övertidsarbete genomför arbetstidsdirektivet (2003/88). Spansk rätt hade alltså inget system för generell reglering av arbetstiden, så frågan var om det spanska regelverket därför skulle stå i strid med unionsrätten. EU-domstolen slog fast att medlemsstaterna måste kräva av arbetsgivarna att ha ett objektivt, tillförlitligt och tillgängligt (objektivt, pålideligt og tilgængelig) system för registrering av de anställdas dagliga arbetstid. Detta följer enligt domstolen av såväl EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna (grunnrettighetspakten) som av arbetstidsdirektivet och ramdirektivet om arbetsmiljö (89/391).

Med utgångspunkt i direktivets syfte om att ge arbetstagarna bättre skydd för arbetstagarnas säkerhet och hälsa, slog domstolen också fast att medlemsstaterna är skyldiga att se till att vidta nödvändiga åtgärder för att se till att arbetstagarna får tillräcklig dygns- och veckovila samt längsta tillåtna veckoarbetstid (avsnitt 36–40).

Eftersom arbetstagaren anses vara den svagare avtalsparten måste arbetsgivaren förhindras att inskränka arbetstagarnas rättigheter avseende arbetstidens maximala längd (avsnitt 44 f., jfr avsnitt 55). (Detsamma framgår av *Kreuziger*, C-619/16, avsnitt 48, och *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, C-684/16, avsnitt 41, men här har den svenska översättningen blivit fel. Betydelsen av att konsultera flera språkversioner av en EU-dom ska alltså inte underskattas.) Finns det inget system för att beräkna den dagliga arbetstiden är det enligt EU-domstolen inte möjligt att på ett objektivt och tillförlitligt sätt fastställa arbetstiden och svårt för arbetstagare att hävda sina rättigheter enligt EU-stadgan och arbetstidsdirektivet (avsnitt 46–51). Det är alltså inte tillräckligt att enbart registrera övertid, eftersom en sådan registrering inte i sig anger om den längsta arbetstiden överskrids, eller att minimitider för dygns- eller veckovila iakttas (avsnitt 52).

Kärnan i regelverket är möjligheten att kontrollera att arbetstagare inte arbetar mer än vad som är tillåtet. För detta krävs det ett system som ger garantier för regelverkets efterlevnad. Genom ett sådant system kan arbetstagarna komma över objektiva och tillförlitliga uppgifter om deras arbetstid och systemet ger också myndigheterna möjlighet att kontrollera att dessa garantier iakttas (avsnitt 56). Det är därför inte tillräckligt att tillsynsorgan endast har utrednings- och sanktionsbefogenheter eftersom det helt enkelt inte är ett effektivt medel för att få objektiva och tillförlitliga uppgifter om

arbetstiden (avsnitt 57). Vidare anser domstolen att det överlämnas till arbetsgivarens bedömning av säkrandet av arbetstagarnas rättigheter om det inte finns något system för beräkning av arbetstid (avsnitt 58). Sammanfattningsvis «ankommer det därför på medlemsstaterna att ålägga arbetsgivarna en skyldighet att inrätta ett objektivt, tillförlitligt och tillgängligt system som gör det möjligt att registrera den dagliga arbetstiden för varje arbetstagare» (avsnitt 60). Regelverket ger inte enbart ett individuellt skydd för arbetstagaren, utan det finns också en kollektiv dimension i det att det anses vara nödvändigt med ett objektivt, tillförlitligt och tillgängligt system för att arbetstagarrepresentanterna ska kunna fullgöra sina uppgifter (avsnitt 62).

Att ett system för arbetstidsregistrering medför kostnader, ska inte utgöra något hinder (avsnitt 66). I vart fall måste eventuella orimliga kostnader med ett sådant system kunna visas (jfr avsnitt 67).

På ett mer principiellt plan slås det i domen fast att de skyldigheter som föreskrivs i ett direktiv som riktar sig till medlemsstaterna måste också fullgöras av medlemsstaterna genom att vidta alla lämpliga åtgärder (avsnitt 68). Det nationella regelverket ska tolkas i ljuset av EU-rätten och det innebär att nationell rätt kan komma att få ge vika om den är oförenlig med EU-rätten (avsnitt 69 f.). Det är fråga om att tolka nationell rätt mot bakgrund av direktivets lydelse och syfte, men däremot inte fråga om tolkning *contra legem*. Om nationell rätt uttryckligen står i strid med unionsrätten ska den nationelle rättslämparen underlåta nationell rätt. Dessutom är bestämmelsen i artikel 31.2 i EU-stadgan tvingande och ovillkorlig och behöver i sin egenskap av primärrätt inte genomföras i nationell rättsordning (jfr avsnitt 32).

Detta innebär enligt EU-domstolen att nationell rätt som inte har regler som medför skyldighet för arbetsgivare att ha ett system för att beräkna den dagliga arbetstiden för varje arbetstagare står i strid med EU-rätten (avsnitt 71).

Av betydelse är emellertid undantagen. Medlemsstaterna har ett visst skönmässigt utrymme («sköns-margen») för att säkerställa rättigheter som följer av direktivet, under förutsättning att medlemsstaten ger garantier för att rättigheterna inte förloras sin verkan (avsnitt 42 f.).

Sammanfattningsvis är nog inte domen så rigid som den först ger intryck av. Genomförandet av relevanta bestämmelser om registrering av arbetstid i arbetsmiljøloven § 10-7 är nog förenligt med unionsrätten (se Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 320). Det är upp till medlemsstaterna att bestämma hur ett system för registrering av varje arbetstagares dagliga arbetstid ska genomföras (avsnitt 63). Det gäller även utformningen av detta system. Det är då möjligt att ta hänsyn till verksamhetens eventuella särdrag och storlek. EU-domstolen slog emellertid också fast att ett sådant system för registrering av arbetstid också ska medge avvikelser när arbetstiden inte kan mätas eller faststäl-

las på förhand, eller när arbetstiden inte kan bestämmas av arbetstagarna själva.

Vad så slutligen gäller direkt effekt av bestämmelser i direktivet gäller att de kan ha vertikal direkt effekt, det vill säga att de gäller i relationen mellan enskild och staten, oavsett om staten agerar som arbetsgivare eller offentlig myndighet (se Bauer, C-569/16, avsnitt 70, och Plessers, C-509/17, avsnitt 28, 60). Däremot är bestämmelser i ett direktiv inte åberopbara i en tvist mellan enskilda rättssubjekt, det har alltså inte horisontell direkt effekt. Däremot kan direktivets bestämmelser via primärrätten komma att få genomslag, i den mån de enbart är en precisering av primärrätten (avsnitt 32).

Bernard Johann Mulder

ARVERETT

Omstøtelse etter arveloven § 19 når det er tatt utlegg

Hålogaland lagmannsretts kjennelse 23. april 2019 – **LH-2019-47810** – gjaldt klage over utleggspant. Saksforholdet var i korthet at en far, som satt i uskiftet bo, overførte en fast eiendom til én av sine sønner som arveforskudd. Skjøtet ble tinglyst, og sønnen tok opp et lån på 2 millioner kroner med pant i eiendommen. Statens innkrevingssentral (SI) hadde et krav mot sønnen på vel kr 500 000, som gjaldt studielån. SI fikk utlegg i eiendommen for beløpet, og samme dag varslet farens to andre barn søksmål med krav om omstøtelse av overføringen av eiendommen, da den var i strid med arveloven § 19.

Sønnen som eiendommen var overført til, var enig i kravet om omstøtelse og tilbakeførte eiendommen til uskifteboet med påhefte av SIs utleggspant. Saken ble følgelig ikke behandlet av tingretten. Faren krevde at utleggspantet skulle slettes, noe SI bestred at det var grunnlag for. Lagmannsretten kom i motsetning til tingretten at utleggspantet falt bort når eiendommen ble tilbakeført til opprinnelig eier (uskifteboet) i henhold til arveloven § 19.

Lagmannsrettens begrunnelse:

«Etter arveloven § 19 kan arvingene kreve gaver som er overført i strid med bestemmelsen omstøtt. Ved omstøtelse som omfatter fast eiendom er hovedregelen at eiendommen skal tilbakeføres til giveren. I en slik situasjon vil utlegg som er tatt i eiendommen til dekning av krav mot gavemottakeren normalt falle bort. Lagmannsretten viser til Augdal og Hambro «Arveloven med kommentarer», 4. utgave, 2007, s. 109. Lagmannsretten viser også til Huser «Gjeldsforhandling & Konkurs», 1992, bind 3, s. 644 og Aasebø, Madsen og Sandvik «Dekningsloven med kommentarer», 2015, s. 278 når det gjelder omstøtelse etter dekningsloven kapittel 5.

Lagmannsretten viser også til tinglysingsloven § 27 der det framkommer at innsigelse om ugyldighet ikke kan gjøres gjeldende mot en som har tinglyst en ret-

tighet han i god tro har ervervet ved avtale med innehaveren av grunnbokshjemmelen. Det følger motsetningsvis at en rettighet som er ervervet på annen måte enn ved avtale ikke vil kunne gjøres gjeldende mot opprinnelig eier. Lagmannsretten viser til Høgetveit Berg og Bråthen- Otterbech, «Tinglysingsloven», 2010, s. 317 følgende. I henhold til ordlyden gjelder tinglysingsloven § 27 bare innsigelser om ugyldighet. Lagmannsretten finner det klart at samme system må gjelde også der det er tale om en overdragelse som blir satt til side som følge av omstøtelse etter arvelovens regler.

Slik lagmannsretten forstår ankemotparten anføres det at det ikke har skjedd noen omstøtelse i og med at [sønnen] frivillig tilbakeførte eiendommen til sin far, og at rettsvirkningene av omstøtelse dermed ikke kan gjøres gjeldende. Det framkommer i arveloven § 19 at arvingene, dersom vilkårene i bestemmelsen er oppfylt, kan få omstøtt disposisjonen ved dom. Etter lagmannsretten vurdering kan ikke bestemmelsen forstås slik at det er et vilkår for at rettsvirkningene av omstøtelse skal inntre at det foreligger en dom som konstaterer omstøtelse. Etter lagmannsrettens vurdering må det i hvert fall være tilstrekkelig for at rettsvirkningene av omstøtelse skal inntre at arvingene krever omstøtelse, at gavemottakeren erkjenner ansvar, og at vilkårene for øvrig er oppfylt. I en sak som gjelder klage over gyldigheten av et utlegg vil dette medføre at retten må foreta en prejudisiell prøving av om vilkårene for omstøtelse er tilstede.»

Når det gjaldt den prejudisielle prøvingen, voldte den ikke noen problemer i saken. Det var enighet om at eiendommen tilhørte uskifteboet, og at disposisjonen dermed var i strid med arveloven § 19 første ledd. Gavemottageren var gjenlevende ektefelles sønn, og han skjønte eller burde ha skjont at eiendommen var del av uskifteboet, og at faren ikke hadde rett til å gi en slik gave, jf. § 19 andre ledd.

Kommentar:

Som det fremgår, bygget lagmannsretten blant annet på Hambro, Arveloven – Kommentartutgave, 4. utgave 2007 side 109, hvor det heter: «Hvis de subjektive vilkår for omstøtelse er oppfylt, kan [omstøtelseskravet] gjøres gjeldende selv om mottakeren er konkurs eller hans kreditorer har tatt utlegg.» Noen nærmere begrunnelse for dette standpunktet gis imidlertid ikke. Jeg kan ikke se at dette temaet er berørt i annen arverettslig litteratur eller i forarbeidene til arveloven 1972 eller arveloven 2019. Selv om løsningen kan ha gode grunner for seg, reiser jeg spørsmålet om et utlegg tatt mens gavemottageren stod som reell eier av eiendommen, alltid blir opphevet ved tilbakeføring til uskifteboet i henhold til arveloven § 19. Dette forutsatt at den opprinnelige eieren (faren i saken) klager over utleggspantet.

*Per Racin Fosmark
Borgarting lagmannsrett*

FAMILIERETT

Generelt om saken og HRs vurdering av den - HR-2019-1230-A

Saken gjelder spørsmål om en forelder kan flytte fra Norge til Italia med to barn på fem og seks år etter samlivsbrudd i 2016. Moren var italiensk, faren norsk. De hadde hatt tanker om å flytte til Italia, men var blitt boende i Norge. I 2016 ble de separert. Barna hadde siden bruddet bodd fast hos moren, men hatt samvær med faren annenhver helg og annenhver onsdag, i tillegg til i ferier – i alt omtrent en tredjedel av tiden. Mor ønsket å flytte tilbake til sitt hjemsted i Italia med barna. Høyesterett ga henne medhold.

Foreldrene var i løpet av saken blitt enige om at de skulle ha felles foreldreansvar. Utgangspunktet ved felles foreldreansvar er at begge må samtykke til at barna flytter ut av landet, jf. bl. § 40. Tidligere måtte en forelder som ønsket å flytte ut av landet med barna, reise sak om å få foreldreansvaret alene. I 2015 ble barneloven § 56 endret slik at den åpner for å reise sak om flytting til utlandet som et eget spørsmål, se dens første ledd tredje punktum. Allerede i dommen i Rt. 2000 s. 185 kom mindretallet, dommerne Skoghøy og Holmøy, til at retten måtte ha kompetanse til å bestemme at omsorgsforelderens kunne flytte til et annet land (der Tyskland). Dette var en noe frirettslig tolking av loven den gang, men dommen viste behovet for en slik mulighet. Faktum var ikke så ulikt det i denne saken.

Etter § 48 skal spørsmålet om flytting ut av landet avgjøres ut fra hva som er til barnets beste, og denne skal ikke være annerledes enn i andre sammenhenger, jf. også Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen art. 3 nr. 1. Det skal altså skje en konkret vurdering ut fra alle relevante momenter. Selv om søksmålsbyrden ligger på den som ønsker å flytte, betyr ikke det at denne forelderens også har tvilsrisikoen for at flytting vil være til barnas beste. Det er altså ingen presumsjon for at barnets beste er ikke å flytte, slik det er hevdet fra farens side. Høyesterett sier at barnets beste-vurderingen ikke er en tradisjonell bevisvurdering: «Det er tale om ei brei framtidsretta vurdering av dei alternativa som ligg føre, der ein veg moglegheitene for at det blir betre opp mot risikoen for at det blir verre.» (avsnitt 37) Noe krav om særlige grunner for flytting kan ikke oppstilles.

Begge barna var velfungerende og normalt utviklet, med god og trygg tilknytning til begge foreldre. Mor hadde ifølge den sakkyndige for HR svært god omsorgsevne, men var sliten, følte seg ensom og uten støtte. Fars omsorgsevne ble ikke beskrevet like positivt, men HR legger til grunn at han er en vanlig god omsorgsperson.

Foreldrene var enige om at barna skulle bo fast hos mor, så spørsmålet var om det ville være bedre for

dem å bo med mor i Italia enn å bo med mor i Norge. Det ble antatt at barna ville få det godt uansett.

Et viktig moment i en slik sak må være hensynet til best samlet foreldrekontakt. Høyesterett legger til grunn at det vil kunne bli et omfattende samvær, slik at barna kan opprettholde sin gode og nære tilknytning til far. Forholdene ligger uvanlig godt til rette for besøk fra far. Han har sagt at han ønsker å komme på besøk, og mor sier at han alltid vil være velkommen, kan ta med sine større særkullsbarn og bo så lenge han vil i mors leilighet. Samtidig ser retten det som klart at innholdet i den samlede foreldrekontakten vil bli annerledes hvis mor flytter med barna til Italia. Innholdet i dagens samværsordning kan ikke kompenseres ved lengre feriesamvær og hyppige telefon- og videosamtaler. Reiseavstanden blir lang, men barna er vant til ganske hyppige reiser mellom Norge og Italia.

Det er lite tvilsomt at den beste samlede foreldrekontakten vil barna få hvis de fortsetter å bo i Norge. Høyesterett kan sies å nedtone vekten av dette momentet noe ved sin understreking av at det ligger godt til rette for fortsatt god kontakt. Det erkjennes likevel at sjeldnere kontakt med far vil være et tap for barna, og dette tas med i helhetsvurderingen.

Miljøskifteargumentet gjør seg gjeldende på en noe annen måte i en slik sak enn i en sak om hvem av foreldrene barna skal bo fast hos. Flytting til Italia vil bety et klart skifte av det ytre miljø, idet barna med HRs ord vil bli revet opp fra det miljøet og nettverket de i dag er en del av. Derimot innebærer det ikke skifte av omsorgsperson, ettersom barna uansett skal bo hos moren. Og selv om barna må forlate det miljøet de har vært en del av, kommer de ikke til et ukjent miljø i Italia. De har vært i Italia tre til fem ganger i året, snakker italiensk og kjenner besteforeldrene og omgivelsene godt. Det nevnes at også i Norge vil barna bli utsatt for miljøskifte, blant annet ved overgang fra barnehage til skole. Alt i alt kommer HR til at risikoen ved miljøskiftet i denne saken er liten, om enn noen.

Det er etter mitt syn ikke til å komme fra at flytting til Italia innebærer et drastisk skifte av nærmiljø for barna. Jeg oppfatter dommen slik at HR i og for seg erkjenner dette, men at risikoen forbundet med dette skiftet anses for å være svært liten på grunn av barnas gode kjennskap til mennesker og omgivelser på stedet de flytter til. Denne nyanseringen er viktig, selv om det kan spørres om usikkerheten forbundet med flytting er så liten som HR legger til grunn.

Hovedargumentet for å gi moren medhold i å flytte til Italia med barna, er risikoen for at hennes omsorgsevne vil bli redusert hvis hun og barna blir boende i Norge. Hun føler seg alene og ensom, med et vedvarende savn av hjemstedet i Italia og fellesskapet med familie og venner der. Den sakkyndige har pekt på at mor er sliten, og er urolig for mors psykiske helse. Hun lever under et konstant press med manglende støtte i Norge, noe som kan svekke hennes ressurser og på lengre sikt føre til depresjon. I Italia vil hun få støtte

fra sine foreldre og øvrig nettverk. Høyesterett finner det klart at mor vil få det bedre i Italia enn i Norge, og at barna dermed vil få den mest robuste omsorgsbasen hos henne der. Omsorgssituasjonen vil være mer usikker om de blir i Norge.

At Høyesterett lar dette hensynet bli utslagsgivende, er det etter mitt syn ikke så mye å si på. Omsorgssituasjonen for barna i det daglige hos den forelderen de bor fast hos, er tross alt det helt sentrale for deres velvære og utvikling. Flyttingen innebærer ikke skifte av omsorgsperson, men vil etter alt å dømme bety at de får bedre omsorg hos den forelderen de uansett skal bo hos. Det kan sies å være et ganske umulig valg HR skal treffe, når flytting samtidig vil bety tap av den jevnlige kontakten med faren. I dette valget er det slik jeg ser det forsvarlig å legge mest vekt på hvor barnas omsorgsperson vil fungere best, særlig når forholdene i denne saken lå relativt godt til rette også for å ivareta kontakten med far.

Spesielt om barnas rett til å bli hørt

Mest forbausende i denne saken er HRs avvisende holdning til at barna kan ha noen rett til å uttale seg. Som utgangspunkt nevnes i dommen at barn har rett til å bli hørt i spørsmål som har betydning for dem, så vel etter Grl. § 104 og barnekonvensjonen art. 3 som etter bl. § 31, og at det ikke er noen aldersgrense for denne retten. Men deretter uttaler HR at barnas mening etter omstendighetene vil kunne få avgjørende vekt, og at dette forutsetter at barna er i stand til å vurdere spørsmålet på et selvstendig grunnlag. Det er disse barna for små til.

Disse uttalelsene er problematiske på to måter. For det første gir de uttrykk for en annen forståelse av barns rett til å uttale seg enn den som er allment akseptert. Vilkalet for at barn har rett til å uttrykke sitt syn, er at de er i stand til å danne seg egne synspunkter, men dette trenger ikke være synspunkter på saken i sin helhet. Det er tilstrekkelig at de er i stand til å mene noe om enkelte sider av den, og det kan barn på fem og seks år meget vel være. Riktignok nevner bl. § 31 egne synspunkter «på det saka dreiar seg om», men verken Grl. § 104 eller BK art. 3 nr. 1 inneholder denne presiseringen.

Høyesterett viser ikke til syvårsgrensen i bl. § 31 for barns ubetingede rett til å bli hørt. Tvert imot sies at det ikke er noen aldersgrense for retten til å uttale seg. Dermed ville en fjerning av aldersgrensen i barneoven neppe ha ført til noe annet resultat. Isteden kan det være grunn til å vurdere om denne burde senkes til for eksempel fem år.

For det andre begynner HR i gal ende ved å fokusere på at barnas uttalelser kan få avgjørende vekt. Vekten av barnas mening er det opp til retten å ta stilling til etter at barna har uttalt seg, som ledd i helhetsvurderingen av barnas beste. Hvis barna har ment noe om resultatet, kan vekten av deres mening bli påvirket av blant annet hvor mye de forstår av saken og deres evne

til å vurdere konsekvensene. Retten kan meget vel komme til at det totalt sett er en annen løsning som er til barnas beste enn den barna eventuelt selv ønsker.

HR legger dessuten til at partene er enige i å skjerme barna mot spørsmålet om flytting. Men barns rett til å uttale seg etter Grl. § 104 og BK art. 3 nr. 1 er en selvstendig rett for barnet, som ikke kan settes til side av foreldrene. Det er vel og bra at foreldrene er enige om å skjerme barna mot en eventuell konflikt rundt flytting, men selve spørsmålet om flytting må kunne legges frem for barna på en måte som gjør at det ikke oppleves som urovekkende. Hvordan samtalen med barna foregår, har alt å si for hvordan de opplever det. Spørsmålet om å flytte til Italia har svært stor betydning for barnas fremtidige liv. Forskning viser at det er viktig for barn å bli tatt med på råd selv om avgjørelsen ikke nødvendigvis blir slik de har ønsket, så sant de føler at de blir tatt på alvor. Forutsetningen for det er naturligvis at den voksne har en lyttende holdning under selve samtalen, men også at man tar seg tid til å forklare barnet etterpå hva som ble utfallet og hvorfor. Å skjerme barn mot slike spørsmål kan isteden virke mot sin hensikt.

Kirsten Sandberg

Litteratur

Irene Nørgaard, Caroline Adolphsen og Eva Naur: *Familieret*, 4. utgave. Djøf Forlag, København, 2019. 372 sider

Boken – som er beregnet til å brukes både av praktikere og som lærebok – er tilpasset juristutdannelsen ved Aarhus Universitet.

I dansk familierett har det skjedd store endringer i senere år. En helt ny lov «om ægtefællers økonomiske forhold» trådte i kraft 1. januar 2018. Loven opprettholder i stor grad den tidligere formuesordningen hvor nettoformuen deles likt ved opphør. Lovkomiteen hadde foreslått at arv og gave skulle holdes utenfor delingen, men departementet og Folketinget ville det annerledes og viste til at det gjeldende formuesfellesskapet var en ordning som folk var vant med. En rekke enkeltstående endringer ble likevel foretatt – blant annet ble kravet om ektepakt for gaver fjernet og det noe misvisende ordet «felleseje» erstattet med «delingsformue». Denne nye ektefelleloven ble også behandlet i forrige utgave av *Familieret*, men fremstillingen er ajourført og justert i 4.-utgaven. En større saksbehandlingsreform ble gjennomført i foreldretvister fra 1. april 2019. Nå behandles saker om foreldre og barn, barnebidrag, innvilgning av separasjon og skilsmisse mv. i en regional statsforvaltning kalt *Familieretshuset*. Samtidig er det opprettet nye domstoler, *Familieretten*, som hører under byrettene.

De tre forfattere av boken *Familieret* står ansvarlige for hver sine kapitler. Caroline Adolphsen behandler rettsforholdet mellom foreldre og barn, vilkårene for inngåelse og oppløsning av ekteskap samt et kapittel om kompensasjonsreglene i ektefelleloven §§ 41 og 42. Irene Nørgaard tar for seg reglene om særeie og ektepakter, om råderett og gjeldsansvar under ekteskapet samt skifteoppgjøret. Eva Naur redegjør for hovedtrekkene i den legale formuesordningen – *formuesfellesskapet* – herunder avgrensning av ektefelles formue. Hun behandler avtaler og gaver mellom ektefeller og andre formuesoverføringer, herunder forsørgelsesplikten, og avslutter boken med et kapittel om ugifte parforhold.

Tone Sverdrup

FAST EIENDOM

Endringer i eierseksjonsloven, borettslovene og plan- og bygningsloven

1. Endringer i eierseksjonsloven mv. i april 2019

Ved fastsettelsen av eierseksjonsloven i 2017, unnlot lovgiver å løse flere spørsmål som var retts teknisk vanskelige eller politisk omstridt. Noen slike spørsmål ble regulert ved lov 10/4-2019 nr. 13 om endringer av eierseksjonsloven, som bygger på Prop. 36 L (2018–2019).

I lovens § 23 ble det tatt inn flere regler som skal sikre mot omgåelse av reglene om begrensning i *adgangen til å kjøpe flere boligseksjoner*.

I lovens § 24 ble det tatt inn et nytt syvende ledd, om begrenset *adgang til såkalt korttidsutleie* (forstått som utleie i inntil 30 døgn); ved at slik utleie av en hel boligseksjon i mer enn 90 døgn årlig ikke er tillatt. Begrensningen kan i vedtektene justeres til mellom 60 og 120 døgn. Samtidig ble det gitt en tydelig regel om adgang til korttidsutleie i bolr § 5-4.

Det ble også gitt tydeligere regler om såkalt *eierskiftegebyr* i en ny eisl. § 63 a og i avhendingslova § 2-6 første ledd.

Loven inneholder også noen andre mindre endringer i eierseksjonsloven og i borettslovene. Reglene trer i kraft 1/1-2020.

2. Forslag om endring i eierseksjonsloven, borettslova og plan- og bygningsloven

Enda et omstridt spørsmål ved forberedelsen av eierseksjonsloven i 2017 gjaldt såkalt *hyblifisering*, ved omdanning av leiligheter i seksjonssameier til hybler; noe kan medføre forskjellige uheldige konsekvenser for fellesskapet og naboer. Kommunal- og moderniseringsdepartementet fremla et *Høringsnotat 3. mai* i år, med flere forslag for å avbøte problemet. Ett av forslagene er å ta inn en særregel i eisl § 49 annet ledd

nytt punkt f, om at det kreves vedtak med kvalifisert flertall i et årsmøte for en «ombygging eller annen tilrettelegging som fører til at bruksenheten kan brukes som bolig for flere personer enn det som er vanlig for bruksenheter med tilsvarende størrelse og romløsning.» Departementet foreslår dessuten en videreutvikling av *regler i plan- og bygningsloven* for å gi kommunen mulighet for å begrense hyblifisering; bl.a. ved tydeliggjøring av regler om dette i pbl § 11-9 nr 5, § 12-7 nr. 2, og § 20-1 første ledd.

I det samme høringsnotatet foreslås også en videreutvikling av reglene om rett for andelseiere i borettslag og for seksjonseiere i seksjonssameier, til å sette opp *ladepunkt for ladbare biler*, ved tilføyelse av to nye bestemmelser, i eisl § 25 a og borl § 5-11 a.

I høringsnotatet foreslås det ellers flere andre *omfattende endringer av plan- og bygningsloven*, bl.a. av pbl § 21-6 om privatrettslige forhold, av nye §§ 25-4 og 25-5 om tilsyn med eksisterende byggverk og arealer, og et helt nyskrevet kap. 31 om krav til eksisterende byggverk.

Til høringsfristen 1. september var det kommet inn over 50 høringsvar.

Gert-Fredrik Malt

IMMATERIALRETT

Patentrett

Endringer i patentloven, foretaksnavneloven, designloven og varemerkeloven. Forenklinger og klargjøringer

Endringslov 2019-06-21-49 medførte flere mindre endringer i nevnte lover. Endringene trådte i kraft 1. juli og går stort sett ut på forenklinger og klargjøringer uten betydning for den materielle rettighetsbeskyttelsen, se Prop. 52 L (2018/2019).

Adgangen til å få en sak tatt under behandling etter fristoversittelse

Etter lovendringen kan en sak etter patentloven § 72, varemerkeloven § 80 og designloven § 50 tas under behandling til tross for fristoversittelse overfor Patentstyret eller Klagenemnda for industrielle rettigheter, dersom søkeren har lidt rettstap og godtgjør at fristoversittelsen var «utilsiktet». Før lovendringen ble det krevet at søker og/eller fullmektig hadde opptrådt aktsomt i forsøket på å overholde fristen. Aktsomhetskravet har vært formulert som at søker måtte ha utvist «all den omhu som med rimelighet kan kreves». Kravet har vært praktisert strengt av Patentstyret og Klagenemnda. Utgangspunktet for aktsomhetsvurderingen har vært at det er søkers ansvar å gjøre alt som er nødvendig for å unngå tap av rettigheter. Det har betydning at det kun har vært der fristoversittelsen skyldes enkeltstående feil begått av underordnet personale, og søker/fullmektigen dokumenterer at det har vært eta-

blert tilfredsstillende rutiner for å overholde frister. Det strenge kravet har ført til at det har vært mange saker og klagesaker om gjenoppretting etter fristoversittelse. Når kravet til søkers opptreden senkes til et krav om at søker dokumenterer at fristoversittelsen har vært «utilsiktet», innebærer det at terskelen for å få saken tatt under behandling tross fristoversittelse, blir en del lavere. Departementet viser til at dette vil gi bedre forutberegnelighet for søkere, og at det vil virke ressursbesparende, fordi det tidligere strenge aktsomhetskravet har vært skjønnspreget og dermed gitt grunnlag for mange saker og klagesaker.

Endringen innebærer at norsk rett får et lempeligere krav enn dansk og svensk rett, som begge har et aktsomhetskrav for å få tatt en patentsak under videre behandling. Det samme gjelder for europeiske patenter, EU-varemerker og fellesskapsdesign, selv om aktsomhetskravet under disse reglene har vært praktisert noe mildere enn de norske reglene. Internasjonale instrumenter som Patentlovkonvensjonen art. 12 nr. 1 iv (1. juni 2000), og Singaporetraktaten om varemerker, art. 14 nr. 3 iii (27. mars 2006) lar statene velge mellom et aktsomhetskrav og at en fristoversittelse er «utilsiktet». Begge traktatene er internasjonale traktater fremforhandlet under WIPO, Norge er ikke tilsluttet noen av dem. Selv om norsk rett dermed får et annet vilkår enn i nordisk rett og det som gjelder for europeiske og EU-rettigheter, har de norske reglene vært praktisert så strengt at lovendringen nok vil gi bedre forutsigbarhet for søkerne, og bidra til at ressursbruken går ned hos parter og forvaltning. Det at konsekvensene av fristoversittelser i utgangspunktet er så alvorlige, er antagelig et tilstrekkelig incitament til at de fleste søkere uansett legger betydelig anstrengelse i å overholde fristene.

Gjenoppretting av prioritet i patentsaker

Siden 1. april 2007 har Patentsamarbeidskonvensjonen (PCT 1970) hatt regler om rett for patentsøkere til å få gjenopprettet prioritet etter oversittelse av prioritetsfristen. Fristen i patentlovens § 6 har ikke vært blant de fristene som kan gjenopprettes etter § 72, og fristen har dermed vært absolutt. Norge har derfor reservert seg for endringene i PCT fra 2007.

Nå har patentloven § 72 fått nytt annet ledd. Dersom søkeren har oversittet fristen i § 6 første ledd, skal prioriteten gjenopprettes hvis fristoversittelsen var «utilsiktet», og søknaden det kreves prioritet for, krav om prioritet og begjæring om gjenoppretting inngis innen to måneder etter fristens utløp. Hvis forberedelsene til å gjøre søknaden allment tilgjengelig er ferdigstilt, kan prioriteten likevel ikke gjenopprettes. Gjenoppretting kan altså gis etter samme vilkår som etter § 72 første ledd: søker må dokumentere at fristoversittelsen var «utilsiktet». Det er samme vilkår som i PCT. Norsk rett kommer dermed på linje med dansk og svensk rett, og det som gjelder for europeiske patenter etter Den europeiske patentkonvensjonen (EPC) art. 122.

Etter § 72 fjerde ledd er det også innført adgang til å gjenoppta søknadsbehandlingen dersom søker «utilsikt» har oversittet en frist i den internasjonale fasen for internasjonale patentsøknader som videreføres i Norge, se § 72 fjerde ledd, jf. første og tredje ledd, og § 28 annet ledd og ny § 69a i patentforskriften, se endringsforskrift 2019-06-800. Det kreves gebyr for slik begjæring, § 72 annet ledd siste punktum, jf. FOR-2019-06-26-921.

Varemerke- og designloven endres ikke på dette punkt, men det er først og fremst for patenter at reglene om prioritet har stor betydning i praksis.

Administrativ patentbegrensning

En patenthaver kan ikke sjelden oppleve at patentet viser seg å være gitt med for brede krav, typisk fordi en inngriper klarer å grave frem et mothold som Patentstyret ikke har kjent til, og som dekkes av kravet. Patentloven § 39 a har siden 1997 gitt patenthaveren mulighet til å begjære *administrativ patentbegrensning*, som ikke sjelden har vært brukt til å redde patentet i en slik situasjon. Lovendringen som trådte i kraft 1. juli, bringer disse reglene nærmere det som gjelder etter Den europeiske patentkonvensjon og svensk og finsk rett.

Endringen innebærer for det første en begrensning av Patentstyrets *prøving* av begjæringen om patentbegrensningen. Patentstyret skal fortsatt prøve om det foreligger en reell begrensning av patentet, om de begrensede patentkravene er tilstrekkelig klare, tydelige og har støtte i beskrivelsen, jf. patentloven § 8 annet ledd første punktum. Patentstyret skal også vurdere om endringene innebærer at patentet omfatter noe som ikke fremgikk av søknaden da den ble innlevert, jf. patentloven § 13. Derimot skal Patentstyret ikke lenger prøve om patentet i begrenset form oppfyller kravene i patentloven §§ 1 og 2, herunder kravene til nyhet og oppfinnelseshøyde, og heller ikke om beskrivelsen er så tydelig at en fagperson kan utøve oppfinnelsen med støtte i beskrivelsen, jf. patentloven § 8 annet ledd tredje punktum. Grunnen til begrensningen i prøvingen er at en begjæring om patentbegrensning ofte blir innsendt når det pågår en ugyldighetssak for domstolene, eller en slik sak er på trappene, og der vil disse sidene ved patentbegrensningen kunne bli bredt belyst.

For det andre innebærer endringen at det ikke lenger skal være adgang til å begjære endring av patentbeskrivelsen alene, og ikke patentkravene. Beskrivelsen kan nå bare endres sammen med en samtidig endring av patentkravene. Det er absolutt vanligst i praksis at søkeren søker å endre patentkravene.

Det var foreslått at adgangen til å begjære administrativ patentbegrensning avskjæres der det allerede foreligger en ugyldighetssak om det samme patentet for domstolene. Dette forslaget ble imidlertid ikke fulgt opp i loven. Derimot ble en særlig regel om stansing av saker om europeiske patenter i patentloven § 63 a opphevet, slik at spørsmålet om stansing av en sak om inngrep eller ugyldighet der det pågår innsi-

gelsessak eller sak om begrensning av patentet for Det europeiske patentverk (EPO), i stedet skal vurderes etter de alminnelige bestemmelsene i tvisteloven §§ 16-18, på samme måte som for nasjonale patenter.

Vilkår for patentering

Det er også gjort noen endringer i vilkårene for patentering. De bringer patentlovens ordlyd mer på linje med praksis som Patentstyret har fulgt, i tråd med EPOs praksis under EPC. Herunder klargjøres det i patentloven § 2 at norsk rett tillater såkalte *annenindikasjonspatenter*. Det er ikke uvanlig i dagens legemiddelutvikling at i og for seg kjente virkestoffer oppdages å ha god effekt mot andre sykdommer enn de opprinnelig ble laget for å kurere. Patentstyret har i tråd med praksis ved EPO meddelt patenter på slike kjente stoffer eller kjente stoffblandinger til en spesifikk anvendelse for en annen «kirurgisk behandling, terapi eller diagnostisering», dersom vilkårene om nyhet, oppfinnelseshøyde og industriell anvendbarhet er oppfylt, og beskrivelsen tilfredsstiller lovens krav. Departementet sier uttrykkelig i proposisjonen at formålet med lovendringen bare er å klargjøre hva som allerede er lagt til grunn som gjeldende rett i Patentstyrets praksis.

Videre er patentloven § 8 annet ledd første punktum endret ved en presisering om at patentsøknaden skal ha patentkrav som angir oppfinnelsen som søkes beskyttet ved patentet, og er *klare, tydelige og har støtte i beskrivelsen*. Også dette gjenspeiler bare det som allerede er lagt til grunn av Patentstyret, i tråd med EPC.

Patentloven § 19 om endringer i patentsøknaden er også blitt justert. Tidligere het det at søkeren ikke kunne endre patentkravene slik at patentvernets omfang ble utvidet, etter at hun var blitt underrettet om at patent kunne meddeles. Nå er dette tidspunktet forskjøvet til etter at patent faktisk er meddelt. Også dette bringer norsk patentlov på linje med EPC.

Endelig er det i § 66 e kommet en ny bestemmelse om betaling av årsavgift til Patentstyret for europeiske patenter som har virkning i Norge. Bestemmelsen klargjør forfallstidspunktet i tilfeller der en nektelse av et tidligere meddelt europeisk patent i en av Det europeiske patentverkets tekniske klagenemnder senere omgjøres av Den utvidede klagenemnda.

Opplysning om designerens navn i søknad om designregistrering

I designloven er § 13 fjerde ledd om navngivelse av designeren, «den som har frembrakt designen», endret. Tidligere var det et krav om at designeren skulle navngis, men manglende navngivelse var en feil som kunne rettes, slik at søknad om design fortsatt ble ansett for inngitt, se designl. § 19. Etter ny § 13 fjerde ledd kan søknad innleveres uten navngivelse av designeren, men designeren selv eller søkeren kan be om at designer navngis, enten i søknaden eller senere. Designforskriften er endret ved FOR-2019-06-21-800 til å re-

flektere dette: kravene til søknaden i § 3 har ikke lenger et krav om at designeren navngis.

Departementet har pekt på fordelen med å forenkle søknadsprosessen, da designretten legger opp til et enkelt søknadssystem med begrenset prøving av forholdet til andres rettigheter. Siden designeren uavhengig av søkeren kan be om å bli navngitt i registeret, sikres designeren muligheten til å ivareta sine interesser. Denne løsningen er i tråd med dansk rett. Endringen forventes særlig å gi en enklere søknadsprosess for internasjonale designregistreringer. Designdirektivet, som designloven gjennomfører, (98/71/EF) overlater til statene å fastsette saksbehandlingsregler. Norge har ikke internasjonale forpliktelser som krever at designeren skal navngis, og siden det kun er et fåtall av medlemsstatene til Genèveavtalen 2. juli 1999 til Haagoverenskomsten 6. november 1925 som krever at designeren navngis, har et krav om navngivelse medført ekstra administrasjon for internasjonale søknader i Norge. Dette blir nå enklere.

Andre endringer

Lovendringen inneholder også noen mindre betydningsfulle endringer, hovedsakelig i de nevnte lovenes språk og systematikk, som ikke skal omtales nærmere her.

*Harald Irgens-Jensen
Inger B. Ørstavik*

Opphavsrett

Tre dommer fra EU-domstolen om rekkevidden av opphavsrett og nærstående rettigheter

29. juli avsa EU-domstolen tre viktige avgjørelser om forholdet mellom opphavsretten og nærstående rettigheter på den ene side og informasjons- og ytringsfriheten på den andre. Alle tre sakene var forelagt av tyske domstoler.

C-469/17 Funke Medien og C-516/17 Spiegel Online

To av avgjørelsene gjaldt rekkevidden av åndsverkbeskyttelsen, det vil si kravet til «verkshøyde» og om tolkningen av de opphavsrettslige avgrensingsreglene generelt.

Sak C-46917 Funke Medien sprang ut av en sak om publisering av en rapport om virksomheten til det tyske forsvaret (Bundeswehr). Rapporter av slikt slag som saken omhandlet, utarbeides regelmessig for enkelte medlemmer av den tyske Forbundsdagen og regjeringen/forvaltningen. Disse rapportene blir gradert. Funke Medien NRW GmbH, en mediebedrift knyttet til *Westdeutsche Allgemeine Zeitung*, hadde begjært innsyn i en slik rapport, men fått avslag. Store deler av rapporten var likevel blitt lekket til Funke Medien, som deretter hadde lagt materialet ut på Internett.

Den tyske stat mente at rapporten var et åndsverk som Funke Medien hadde krenket rettighetene til, og begjærte midlertidig forføyning for å få rapporten fjernet fra nettet. Tysk høyesterett (Bundesgerichtshof) stilte flere spørsmål til EU-domstolen om forståelsen av opphaverens enerettigheter etter opphavsrettsdirektivet (også kjent som «Infosocdirektivet»), dir. 2001/29, unntakene fra disse enerettighetene og forholdet til fundamentale rettigheter som informasjonsfrihet og pressefrihet.

I saken var det omtvistet om den aktuelle rapport overhodet kunne sies å være et «verk», og det første i EU-domstolens avgjørelse er en omtale av det vi i norsk rett har kalt kravet til *verkshøyde*, i EU-retten formulert som et krav om at et verk må være opphaverens «egen intellektuelle frembringelse». I flere avgjørelser har EU-domstolen lag til grunn: «For at en intellektuell frembringelse kan betraktes som ophavsmandens egen, skal den afspejle hans personlighed, hvilket er tilfældet, hvis ophavsmanden har kunnet udtrykke sine kreative evner ved frembringelsen af værket på grundlag af frie og kreative valg» (avsnitt 19). Formuleringen har vakt litt bekymring, da den kan forstås som at det er nok å *ha hatt valgmuligheter* for å skape et verk. Slik undertegnede leser *Funke Medien*, understøtter den imidlertid at dette ikke er nok: I avsnitt 23 heter det at «sådan originalitet udspringer af valget, placeringen og kombinationen af de ord, hvormed ophavsmanden har udtrykt sin kreative ånd på en original måde og skabt et resultat, der har karakter af en intellektuel frembringelse», og i avsnitt 24 heter det at rapporter som dem i saken ikke vil være verk dersom de «udgør rent informative dokumenter, hvis indhold i det væsentlige er bestemt af de informationer, de indeholder, således at disse informationer og udtrykket heraf i rapporterne er sammenfaldende». Det holder altså ikke, slik undertegnede forstår EU-domstolen, ikke å ha hatt valgmuligheter, mulighetene må ha blitt utnyttet kreativt.

Deretter, under forutsetning at man har å gjøre med et vernet åndsverk, går EU-domstolen over til å drøfte adgangen til å gjengi åndsverk i forbindelse med dagshending («dagsbegivenheder») og i sitater i opphavsrettsdirektivet artikkel 5.3 bokstav c og d. EU-domstolen uttaler at, i motsetning til omfanget av enerettene i artikkel 2 (a) og artikkel 3.1 som er «totalharmonisert», gir de nevnte reglene om redegjørelse for dagshending og sitat, blant annet på grunn av deres beskjedne økonomiske betydning, medlemsstatene en «betydelig skønsmargin» om hvordan reglene nærmere skal utformes, en skønsmargin «der gjør det mulig for dem at foreta en afvejning af de involverede interesser» (avsnitt 43). Men skjønnnet må utøves innenfor rammen av bestemmelsens vilkår, det må tilfredsstillende EU-retten proporsjonalitetskrav, sikre en høy grad av beskyttelse for rettighetshaverne samtidig med en rimelig balanse med rettigheter og interesser til ulike kategorier av brukere, være i overensstemmelse med «tretrinnsstesten» (direktivet artikkel 5.5) og finne en rimelig balanse

mellom ulike av EU-rettens fundamentale rettigheter. EU-retten uttaler videre uttrykkelig at, nettopp fordi nasjonale domstoler i tolkningen av bestemmelsene må ta hensyn for eksempel til de fundamentale rettigheter som presse- og informasjonsfrihet, er det *ikke* slik at bestemmelsene, selv om de fremstår som unntak fra hovedregler (opphaverens enerett), må tolkes *restriktivt*. Dette er godt i samsvar med norsk tradisjonell opphavsrett. Uten å ta stilling til den konkrete saken gir EU-domstolen visse indikasjoner på at den aktuelle publiseringen vil kunne nyte godt av adgangen til å gjengi verk ved redegjørelse for dagshending (avsnitt 75).

Derimot, sier EU-domstolen, kan hensynet til presse- og informasjonsfrihet ikke begrunne at det gjøres innskrenkninger i opphaverens enerett *utover* det som følger av avgrensingsreglene i artikkel 5.2 og 5.3. Denne listen med innskrenkninger er uttømmende, og de aktuelle bestemmelsene som saken gjaldt (bokstav c og d) er nettopp gitt for å avbalansere opphavsretten mot hensynet til presse- og informasjonsfriheten. Å tillate «undtagelser fra ophavsmandens enerettigheder i henhold til artikel 2-4 i direktiv 2001/29, ud over de undtagelser og indskrænkninger, som er udtømmende opregnet i direktivets artikel 5, ville ...være til skade for effektiviteten af den harmonisering af ophavsretten og beslægtede rettigheder, som er foretaget ved nævnte direktiv, og for det retssikkerhedshensyn, som det forfølger» (avsnitt 62).

Sak C-526/17 Spiegel Online springer ut av en sak anlagt mot Spiegel Online av et tysk forbundsdomsmedlem, Volker Beck. Han hadde blitt kritisert for en artikkel han for mange år siden hadde skrevet om tysk kriminalpolitikk. I mange år hadde han hevdet at forlaget hadde endret og forvrenget hans budskap. I 2013 ble det opprinnelige manuskriptet han sendte til forlaget, funnet. Han sendte det til forskjellige avisredaksjoner for å vise at forlaget hadde endret artikkelen i versjonen som kom på trykk. Han gav imidlertid ikke avisene samtykke til å publisere manuskriptet eller den trykte artikkelen. I stedet la han dokumentene ut på sin egen hjemmeside, hvor han på hver side skrev at han tok avstand fra teksten. På sidene i artikkelen påførte han i tillegg at teksten uten samtykke var blitt endret av forlaget.

Spiegel Online trykket en artikkel hvor det ble hevdet at Beck hadde ført offentligheten bak lyset ved å hevde at forlaget hadde endret hans bidrag; det sentrale budskapet i artikkelen var ikke blitt endret. For å underbygge dette la Spiegel Online ut hyperlenker til et nettsted hvor de originale versjonene av manuskriptet og bokartikkelen kunne lastes ned.

Beck hevdet at Spiegel Online hadde krenket hans opphavsrett og gikk til søksmål. På bakgrunn av søksmålet reiste Bundesgerichtshof spørsmål til EU-domstolen om forståelsen av de samme bestemmelsene som i *Funke Medien*, opphavsrettsdirektivet artikkel 5.3 bokstav c og d, dvs. reglene om gjengivelse av verk ved redegjørelse for dagshending og sitat.

EU-domstolen poengterer i stor grad det samme som i *Funke Medien*, men foretar også noen utdypninger. I avsnitt 21 heter det således at «når en national bestemmelse eller foranstaltning – i en situation, hvor medlemsstaternes virke ikke fuldt ud er reguleret af EU-retten – gennemfører EU-retten som omhandlet i [EU-charteret om grunnleggende rettigheter] art 51, stk. 1, er det dog fortsatt muligt for nationale myndigheder og retter at anvende nationale normer til beskyttelse af de grundlæggende rettigheder, forudsat at denne anvendelse ikke gør indgreb i det beskyttelsesniveau, som er fastsat i chartret, således som dette fortolkes af Domstolen, eller i EU-rettens forrang, enhed og effektive virkning.» EU-domstolen fremholder, som den gjorde i *Funke Medien*, at opphavsrettsdirektivet artikkel 5.3 bokstav c og d ikke innebærer noen fullstendig harmonisering av disse innskrenkningene i opphavsretten, og at medlemslandene har «ved anvendelsen af de bestemmelser i national ret, hvorved [bestemmelsene] gennemføres, ...en betydelig skønsmargin, der gør det muligt for dem at foretage en afvejning af de involverede interesser» (avsnitt 28). Innskrenkningene behøver ikke å tolkes restriktivt. Men det er ikke adgang til å gjøre innskrenkninger i opphaverens enerett *utover* det som kan hjemles i innskrenkningene i artikkel 5.2 og 5.3.

Når det særlig gjelder forståelsen av unntaket i artikkel 5.3 bokstav d om bruk av verk ved redegjørelse for dagshending («dagsbegivenhed», presiserer EU-domstolen at dette er bruk som kan gjøres uten rettighetshaverens samtykke. «Redegjørelse» omfatter det å gi «oplysninger» om en dagshending. Det kreves mer enn bare å annonsere hendelsen, men det er ikke nødvendig å analysere den i detalj. «Dagsbegivenhed» er en hendelse som «offentligheden på det tidspunkt, hvor der redegøres for den, har en interesse i at få oplysning om» (avsnitt 67). Videre må «anvendelsen af det beskyttede værk ikke .. gå videre end nødvendigt med henblik på at opnå det informationsformål, som forfølges», men det «tilkommer .. den foreliggende ret at undersøge, om offentliggørelsen af de originale versioner af manuskriptet og af den artikel, der var trykt i den omhandlede tekstsamling, i deres helhed og uden angivelse af Volker Becks afstandtagen fra indholdet i disse dokumenter var nødvendig med henblik på at opnå det informationsformål, som forfulgtes.»

Om begrepet *sitat* sier EU-domstolen at det etter den alminnelige forståelse omfatter å anvende «et værk eller mere generelt et uddrag af et værk med henblik på at illustrere en ytring, forsvare et synspunkt eller muliggøre en intellektuel sammenligning af dette værk og nævnte brugers ytringer» (avsnitt 78). Men det kreves ikke «at det citerede værk er uadskilleligt indeholdt i den tekst, hvori det citeres, f.eks. gennem indrykninger eller gengivelser i fodnoter, idet et sådant citat således *kan ske ved indsættelse af et link til dette.*» (avsnitt 8, min utheving). Her kan det synes som EU-domstolen, av hensyn til informasjonsfriheten, kneset-

ter at det kan være i samsvar med sitatreglene og la sitatet omfatte det siterte verk i sin helhet. Men domstolen presiserer at sitatet må være «i overensstemmelse med god skik og med hensyn til [dens] omfang ikke gå ud over, hvad det særlige formål berettiger til», således at anvendelsen af dette manuskript og denne artikel til brug for citater ikke må gå videre end nødvendig med henblik på at opnå formålet med det omhandlede citat» (avsnitt 84).

Etter direktivet artikkel 5.3 bokstav d er det et vilkår for lovlig sitat at verket «allerede er gjort tilgjengelig for almenheten på lovlig vis», sml. § 29 i den norske åndsverkloven om at verket må være «offentliggjort». Det skapte et problem i den foreliggende saken ettersom det opprinnelige manuskriptet ikke hadde blitt offentliggjort i en form forfatteren hadde godkjent. EU-domstolen uttalte: «I hovedsagen påhviler det navnlig den forelæggende ret at undersøge, om redaktøren i forbindelse med den oprindelige offentliggørelse af Volker Becks manuskript som artikel i en tekstsamling i henhold til aftale eller anden bemyndigelse havde ret til at foretage de omhandlede redaktionelle ændringer. Hvis dette ikke var tilfældet, må det lægges til grund, at da der ikke forelå samtykke fra rettighedshaveren, er værket i den form, hvori det blev offentliggjort i nævnte tekstsamling, ikke blevet gjort tilgjengelig for almenheten på lovlig vis.» Og om forfatterens senere utlegging av artikkelen på sin egen hjemmeside heter det: «Den forelæggende ret har ... anført, at offentliggørelsen af disse dokumenter på Volker Becks internetside var ledsaget af en påskrift på skrå af hver side af disse dokumenter med en afstandtagen fra dokumenternes indhold. I forbindelse med denne offentliggørelse er disse dokumenter således kun blevet gjort tilgjengelige for almenheten på lovlig vis i det omfang, de var ledsaget af nævnte bemærkninger om afstandtagen.» EU-domstolen ser altså ikke at sitatregelen kan brukes til gjengivelser av verk som ikke er offentliggjort. Da er kanskje alternativet redegjørelse for dagshending i opphavsrettsdirektivet artikkel 5.3 bokstav c mer aktuelt.

Sluttkommentar:

EU-domstolens presisering av kravene til verkshøyde og av at innskrenkningene i opphavsretten ikke nødvendigvis må tolkes restriktivt, er godt i samsvar med gjeldende norsk opphavsrett. Når det gjelder spørsmålet om opplistingen av innskrenkninger i opphavsrettsdirektivet artikkel 5.2 og 5.3, kunne vi neppe vente annet enn at domstolen ville stå fast på at listen er uttømmende. Understrekingen av den frihet nasjonale domstoler har til å tolke bestemmelsene i artikkel 5.3 bokstav c og d, var nok det beste tilhengerne av fleksibilitet kunne håpe på. Samtidig åpner jo dette for at det blir forskjeller i reglene mellom medlemsstatene, og man kan jo spørre hvor stor forskjell det hadde gjort om EU-domstolen hadde åpnet for at det med grunnlag i fundamentale rettigheter også kunne gjøres inn-

skrenkninger i opphavsretten *utover* det som følger av artikkel 5.2 og 5.3. En annen sak er at dersom en norsk domstol skulle stå overfor en konflikt hvor en bruk av annens åndsverk ikke kan tillates etter åndsverkloven – som gjennomfører våre forpliktelser etter EØS-avtalen – men må tillates etter EMK, er det godt mulig EMK vil gis forrang, uansett hva EU-domstolen har sagt i de foreliggende avgjørelser. EU-domstolen håper vel at med smidighet i de nasjonale domstolers tolking vil konflikten ikke oppstå.

Harald Irgens-Jensen

C-476/17 Pelham

Den tredje saken gjelder rekkevidden av vernet av lydopptak, som i norsk og europeisk sammenheng handler om en såkalt nærstående rettighet (jf. åvl. § 20). Saken har sin bakgrunn i en langvarig kontrovers i tyske domstoler vedrørende adgangen til *sampling* i musikk. I saken var et to sekunders utsnitt av elektronika-legendene Kraftwerks låt «Metall auf Metall» gjentatt flere ganger i en såkalt «loop» i låten «Nur mir», innspilt av artisten Sabrina Setlur og produsert av Moses Pelham. For å gjøre en lang historie kort kom de alminnelige tyske domstolene til at samlingen innebar et inngrep i produsentrettighetene, mens forfatningsdomstolen (Bundesverfassungsgericht) fant at et slikt resultat var i strid med retten til kunstnerisk frihet fastsatt i den tyske grunnloven. Ved ny behandling i den føderale høyesterett (Bundesgerichtshof) ble det besluttet å stille spørsmål til EU-domstolen om tolkningen av relevante EU-regler, herunder også betydningen av grunnrettighetene i EU-Charteret om grunnleggende rettigheter. Generaladvokaten kom i sitt forslag til uttalelse til at sampling strider mot produsentrettighetene. EU-domstolen nyanserer bildet betraktelig.

Riktignok tar også domstolen utgangspunkt i at bruken av andres lydopptak innebærer en delvis eksemplarframstilling etter opphavsrettsdirektivet (dir. 29/2001/EU) art. 2, selv om det utsnittet som tas er meget kort. Samtidig fremhever domstolen at harmoniseringen av eksemplarframstillingsretten forutsetter en rimelig balanse mellom ivaretagelsen av immaterialrettighetene (jf. EU-Charteret artikkel 17(2) og andre grunnleggende rettigheter, som kunstnerisk frihet (artikkel 13) og ytrings- og informasjonfriheten (artikkel 13)). Som utslag av denne balansen, og i første rekke hensynet til kunstnerisk frihet, trekker domstolen den slutning at det må være tillatt å endre et opptak på en måte at bruken av det er ugjenkjennelig for øret. Det å anse en slik form for sampling som eksemplarframstilling av et lydopptak ville være i strid med en alminnelig dagligdags forståelse av et slikt uttrykk, i tillegg til at den ikke ville sikre den nevnte balansen. Denne tolkningen vil, ifølge domstolen, ikke komme i konflikt med produsentens muligheter for å få igjen for sin investering, som er produsentrettens

formål. Følgen er at sampling anses som eksemplar-fremstilling av et lydopptak med mindre samplingen innebærer at opptaket er endret på en måte som gjør det ugjenkjennelig for øret. Derimot anses en sampling ikke som et «eksemplar» av opptaket i henhold til utlei- og utlånsdirektivet (dir. 2006/115/EF) artikkel 9, og dermed omfattet av produsentenes spredningsrett, fordi den ikke inneholder en vesentlig del av det aktuelle opptaket, jf. også Genève-konvensjonen for beskyttelse av produsenter av lydopptak (1971).

Et videre spørsmål i saken var om den tyske regelen om såkalte frie benyttelser (UrhG § 24), som har klare likhetstrekk med reglene i den norske åvl. § 6 første ledd om selvstendige verk som ikke krenker opphavsrett, kunne anvendes analogisk på lydopptaksprodusentenes rettigheter. EU-domstolen trakk her frem tilsvarende synspunkter som i Funke Medien- og Spiegel Online-sakene nevnt ovenfor om at opphavsrettsdirektivet ikke tillater at det gjøres innskrenkninger i opphaverens enerett *utover* det som følger av avgrensingsreglene i artikkel 5.2 og 5.3. Hensynet til konsistens i rettsanvendelsen tilsier, ifølge EU-domstolen, at medlemsstatene ikke står fritt til å gjøre unntak eller avgrensninger fra eneretten utover de som uttrykkelig er fastsatt i direktivet. Dette kan neppe innebære at medlemsstatene er avskåret fra å trekke en grense mot selvstendige *verk*, og dermed frembringelser som ikke krenker den opphavsrettslige eneretten. Men for lydopptakenes del må en slik grense formentlig trekkes der EU-domstolen har trukket dem, nemlig mot modifikasjoner av opptaket som ikke er gjenkjennelig for det menneskelige øre. En analogi fra regelen om «frie benyttelser» ville i en slik situasjon, ifølge EU-domstolen, innebære innføring av et nytt unntak som ikke har grunnlag i opphavsrettsdirektivet.

Derimot åpner EU-domstolen for at samplinger kan anses som lovlige sitater i henhold til opphavsrettsdirektivet art. 5.3 bokstav d. I overensstemmelse med den norske sitatregelen i åvl. § 36 tillates sitater, også fra lydopptaksproduksjoner, i den utstrekning sitatet er i samsvar med god skikk og i den utstrekning formålet betinger. Uttrykket «sitat» er ikke definert i direktivet, men ut fra det som anses som alminnelig språkbruk bemerker EU-domstolen at det vesentlige kjennetegnet ved et sitat er at det er et utdrag av et verk som illustrerer en ytring, forsvarer et synspunkt eller muliggjør en intellektuell sammenlikning av det siterte verket og brukerens ytringer. Slik sett må den som skal påberope seg sitatretten ha til hensikt å inngå i et samspill med det siterte verket. Anvendt på sampling, kan et gjenkjennelig utdrag av et lydopptak utgjøre et «sitat» i den utstrekning samplingen tilsikter å inngå i et samspill (dialog) med det verket det samples fra. Hva det vil si å inngå i et slikt samspill, sier imidlertid ikke domstolen noe om. Men domstolen fastslår at det ikke vil foreligge et slikt samspill der det ikke er mulig å identifisere verket ved hjelp av sitatet.

Med dette har EU-domstolen også i Pelham-saken forsøkt å trekke balansen mellom immaterialrettighetene og andre grunnleggende rettigheter. Grensen mot sampling som ikke innebærer en gjenkjennelig bruk av opptaket kan hevdes å gi uttrykk for en slags «de minimis-regel» (jf. Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, 2. utgave, Oslo 2019 s. 418) – selv om EU-domstolen mener at det teknisk sett vil foreligge en eksemplar-fremstilling også i denne situasjonen, vil den være ubetydelig og ikke komme i konflikt med investeringsformålet som produsentbeskyttelsen skal ivareta. Samtidig vil spillerrommet for samplere her være temmelig smalt, idet noe av poenget med sampling er å bringe assosiasjoner til tidligere produksjoner. I hovedsaken er det i alle fall nokså opplagt at det to sekunders utdraget fra «Metall auf Metall» er gjenkjennelig, ikke minst fordi det gjentas ofte. Dermed står man igjen med sitatretten og spørsmålet om samplingen fremstår i et samspill eller dialog med verket det samples fra. Hvorvidt det vil være tilfellet, er et skjønnsmessig spørsmål, og i denne forbindelse får det antas at nasjonale rettsanvendere vil ha frihet til å foreta subsumsjonen, i hvert fall i mangel av nærmere holdepunkter for hvordan en slik vurdering skal skje. En slik retts-tilstand gir imidlertid ikke noen stor grad av forutberegnelighet for musikkindustrien og skapende kunstnere.

En liten bemerkning om dommens EØS-relevans til slutt. Selv om EU-Charteret om grunnleggende rettigheter ikke er del av EØS-avtalen, er det grunn til å vektlegge EØS-avtalens homogenitetsmålsetting, ikke minst fordi de grunnleggende rettighetene er universelle og må anses som grunnleggende verdier også i en EØS-kontekst. Et mulig kompliserende moment kan det muligens være at kunstnerisk frihet ikke er nevnt som grunnrettighet i den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK). Gitt EFTA-domstolens generelle vektlegging av homogenitetshensynet, også i situasjoner der EU-domstolens avgjørelser er bygget på EU-Charteret (jf. f.eks. sak E-28/15, Jabbi), er det liten grunn til å behandle sampling annerledes i en EØS-kontekst enn det som følger av EU-domstolens dom i Pelham-saken.

Ole-Andreas Rognstad

Varemerkerett

Unntaksanmerkninger i varemerkeregisteret. EU-domstolens dom 12. juni 2019, sak C-705/17

Dommen er svar på en foreleggelse fra Svea Hovrätt om rekkevidden av en unntaksanmerkning i varemerkeregisteret. Selskapet Norrtelje Brenneri Aktiebolag hadde i 2007 registrert et kombinert merke inneholdende ordet ROSLAGSPUNSCH for alkoholholdige drikkevarer i klasse 33. For å få registrert merket, ble det krevet at merkehaver gjorde en unntaksanmerkning for ordet ROSLAGSPUNCH fordi ordet ROSLAG re-

fererer til en region i Sverige og PUNCH var beskrivende for en av varene registreringen gjaldt for. I 2015 leverte Mats Hansson inn søknad om registrering av ordmerket ROSLAGSÖL for blant annet alkoholfrie drikkevarer og øl i klasse 32. Søknaden ble avslått fordi det var fare for forveksling med det tidligere varemerket. Merkenes dominerende element, ROSLAGS, var like, og de var registrert for liknende varer. Patent- og Marknadsdomstolen tillot imidlertid registreringen av ROSLAGSÖL. Domstolen mente det ikke var fare for forveksling, selv om ordene som var omfattet av unntaksanmerkningen måtte tas med i vurderingen for så vidt de kunne ha betydning for helhetsinntrykket av det tidligere merket. Betydningen av unntaksanmerkningen måtte være at varemerkeretten ikke skulle omfatte ordene i unntaksanmerkningen (ROSLAGS-PUNCH), som sådan. Etter anke, forela Svea Hovrätt for EU-domstolen spørsmålene om det får betydning for helhetsvurderingen av forvekselbarhet mellom et eldre og et yngre merke under varemerkedirektivet av 2008 art. 4(1) (b) (2008/95) at elementer i det eldre merket er unntatt fra varemerkebeskyttelsen gjennom unntaksanmerkning, og i så fall om elementet ikke skal anses å ha særpreg, eller om vurderingen påvirkes på annen måte av unntaksanmerkningen.

EU-domstolen behandlet spørsmålene samlet. Domstolen påpekte først at som utgangspunkt, står medlemsstatene fritt til å ha regler om unntaksanmerkninger. Nasjonale regler kan imidlertid ikke opprettholdes dersom de undergraver reglene i varemerkedirektivet, eller fører til at varemerkebeskyttelsen – så langt den er harmonisert gjennom direktivet – blir ulik i medlemslandene (avsnitt 37-38). Det gjelder også direktivets regel om forbud mot registrering av et yngre varemerke som er forvekselbart med et eldre merke i art. 4(1)(b). Domstolen presiserer og forklarer at vurderingen av forvekselbarhet under art. 4(1)(b) er en helhetlig vurdering, der også graden av særpreg i det eldre merket inngår (avsnitt 41-44). Fordi vurderingen under art. 4(1)(b) er autonom, vil nasjonale regler som unntar elementer i det eldre merket fra den konkrete vurderingen fordi elementet ikke har særpreg, være i strid med direktivet (avsnitt 46). Art. 4(1)(b) krever altså en konkret og helhetlig vurdering av det eldre og det yngre merket, slik at nasjonale regler som innebærer at ett eller flere elementer i et merke på forhånd er unntatt fra denne vurderingen, ikke er compatible med direktivet (avsnitt 49-51). Det samme gjelder nasjonale regler som bestemmer at ett eller flere elementer i et eldre merke skal tillegges mindre vekt i den konkrete vurderingen (avsnitt 52). Utfallet av den konkrete vurderingen av forvekselbarhet under art. 4(1)(b), kan imidlertid få samme resultat, altså at et element anses å mangle særpreg og ikke får betydning for vurderingen av forvekselbarhet, men dette kan ikke avgjøres på generelt grunnlag på forhånd gjennom en unntaksanmerkning (avsnitt 56). Det er nødvendig for å sikre en lik rettsanvendelse.

EU-domstolens avgjørelse innebærer en viktig, om enn ikke særlig overraskende, avklaring. EU-domstolen har i lang praksis slått fast at EU-rettslige regler skal tolkes autonomt, altså uavhengig av nasjonal rett. En naturlig konsekvens av det, er også at nasjonale regler om unntaksanmerkninger ikke bør få betydning for tolkningen av EU-rettslige regler om varemerkebeskyttelsens omfang.

Avgjørelsen gjelder varemerkedirektivet av 2008 som nå er avløst av direktiv 2015/2436. 2015-direktivet medfører ingen endring, nevner heller ikke unntaksanmerkninger, og er om noe enda tydeligere på at avgrensningen av varemerkebeskyttelsens omfang må avgjøres etter direktivets regler (fortalens pkt. 14 og 16). Avgjørelsen ville nok derfor bli den samme under 2015-direktivet.

Den norske varemerkeloven har en regel om unntaksanmerkning i § 17. Reglene om unntaksanmerkninger spiller ingen stor rolle i praksis i Norge, og Patentstyret tar ikke (lenger) på egen hånd initiativ til å innta unntaksanmerkninger i registreringer. Det legges allerede til grunn i norsk rett at dersom et merke har elementer som ikke kan registreres særskilt, omfatter varemerkebeskyttelsen uansett ikke slike elementer. Unntaksanmerkninger kan være praktisk for å oppnå registrering av et merke det er innsendt innsigelser til, nettopp for å tydeliggjøre at enkelte elementer i et merke ikke skal omfattes av varemerkebeskyttelsen. EU-domstolens avgjørelse innebærer imidlertid at unntaksanmerkninger nok vil spille en enda mindre rolle i fremtiden for å avklare varemerkebeskyttelsens omfang allerede ved innføringen i varemerkeregisteret.

Inger B. Ørstavik

KONTRAKTSRETT

HR-2019-1225-A Habbdommen – «plunder og heft» mv

(1) Tvisten

Høyesterett tok i denne saken standpunkt til en entreprenørs krav på tilleggsvederlag for nedsatt produktivitet (plunder og heft) og forsering som følge av byggherreforhold.

Tvisten knyttet seg til utbedring og nybygging av veiparsellen Grime-Vesleelva i Søndre Land. Arbeidene skulle gjennomføres ved utførelsesentreprise basert på NS 3430 (forløperen til NS 8405). Kontraktssummen var på 142,5 millioner kroner. Arbeidene ble påbegynt høsten 2011 og sluttført 1. juli 2013.

Kort tid etter oppstart varslet entreprenøren om byggherreforhold som forstyrret gjennomføringen av arbeidene, så som manglende hugst langs traseen, fjerning av eksisterende linjer og nødvendig grunnerverv. I sluttavregningen ble kravet for produktivitetstap og forsering satt til 36,5 millioner kroner.

Statens vegvesen avviste kravet på vegne av Oppland fylkeskommune. Slik jeg forstår faktum var det ikke

uenighet om de påberopte byggherreforholde. Derimot bestred Statens vegvesen at disse hadde ført til de konsekvensene som ble påberopt av entreprenøren, særlig når det gjaldt de økonomiske virkningene.

I tingretten ble entreprenøren tilkjent en samlet erstatning på fem millioner kroner for plunder og heft, samt forsering. Lagmannsretten ga ham erstatning på 5 millioner kroner for plunder og heft, og 2,5 millioner kroner for forsering.

Anken til Høyesterett gjaldt lagmannsrettens rettsanvendelse. Under det saksforberedende møtet ble det avklart at dersom det skulle bli aktuelt med en ny utmåling av kompensasjonen, kunne denne ikke foretas av Høyesterett.

(2) Nærmere om problemstillingen

Både kompensasjon for plunder og heft, og krav om dekning av forseringsutgifter, reiser en rekke kompliserte kontraktuelle problemstillinger. I foreliggende dom konsentrerer Høyesterett seg om å avklare én side ved denne type fordringer: Hvilke krav og retningslinjer som gjelder for bevisene til årsakssammenhengen mellom påberopte byggherreforhold og den økonomiske kompensasjonen?

Som nevnt forutsettes det å foreligge byggherreforhold som entreprenøren har fått betalt for, se avsnitt 12. Tvisten gjaldt de mulige konsekvensene (produktivitetstap og forsering) som disse forholdene fikk for det øvrige arbeidet med kontrakten.

Både når det gjelder produktivitetstapet og forseringskravet, la Høyesterett opp til en todeling av domsgrunnene. Først skisseres hvilke rettslige vilkår som stilles til årsakssammenhengen, og dernest etterprøves om lagmannsrettens domsgrunner gjenspeiler disse kravene.

(3) Produktivitetstapet («plunder og heft») – avsnittene 53 til 98

(3.1) Beviskravene

De grunnleggende synspunktene om krav til bevis for årsakssammenheng, framkom i forbindelse med drøftelse av (det påståtte) produktivitetstapet til entreprenøren.

Slike merutgifter kan entreprenøren kreve dekket etter NS 3430 punkt 21.1 første ledd. (I senere revisjoner er dette uttrykkelig presisert, se eksempelvis NS 8405: 2008 punkt 25.3 andre ledd bokstav b) Det er i denne forbindelsen unødvendig å gå nærmere inn på det kontraktuelle grunnlaget for entreprenørens krav på dekning av plunder og heft, se dommens avsnitt 54 til 65. Det var ikke omstridt at det kreves årsakssammenheng, bare hva dette innebærer for erstatning av produktivitetstap.

Høyesterett startet med å presisere at vi står overfor to noe ulike bevistemaer, jf avsnitt 66 hvor det slås fast at årsakssammenhengen må fastlegges i to trinn. Først må det klarlegges hvilke faktiske forhold og

virksomheter som kravet baseres på. («Dette omfatter å føre bevis for at det har inntrådt forhold under arbeidet som er byggherrens risiko, hvilke arbeidsoperasjoner disse har påvirket, i hvilke perioder det har skjedd og hvilke konsekvenser i form av redusert produktivitet som dette har medført for entreprenøren.») Dernest må tapet utmåles i kroner og øre.

Selve årsakssammenhengen framkommer ved at det gjennomføres en differansebetraktning, jf Rt-2005-788 Oslofjordtunnelen. Man må sammenholde den faktisk inntrådte situasjonen med hvordan det ville ha gått dersom man tenker seg byggherreforholdene bort (det hypotetiske perspektivet). Det er den økonomiske forskjellen mellom disse to scenariene som utgjør tapet.

Når det gjelder bevisreglene, tok Høyesterett utgangspunkt i de generelle prinsippene for bevis i norsk rett, som også må gjelde for krav om erstatning av produktivitetstap. For selve bevisbedømmelsen kommer overvektsprinsippet til anvendelse, se avsnitt 73. Etter avsluttet bevisføring skal domstolen legge det mest sannsynlige faktum til grunn.

Om bevisbyrden uttalte Høyesterett følgende, se avsnitt 75:

«Hvis resultatet av bevisførselen er at det er like sannsynlig at det er årsakssammenheng mellom entreprenørens krav og byggherreforholdene, som at det ikke er det, skal tvilen gå ut over entreprenøren. Entreprenøren har med andre ord bevisbyrden.»

Deretter gikk Høyesterett over til å drøfte hva som nærmere ligger i beviskravet. Bakgrunnen for å gå inn i denne problematikken er at en ordinær sannsynliggjøring av de konkrete følgene av et byggherreforhold, ofte kan være vanskelig. Spørsmålet er derfor om en entreprenør kan nøye seg med mer generelle og indirekte tilnærminger.

Det generelle utgangspunktet for bevisføringen fastslås av Høyesterett i avsnittene 82 og 83:

«På bakgrunn av det jeg nå har sagt, er mitt syn at entreprenøren som utgangspunkt ikke kan basere bevisførselen alene på generelle og overordnede tilnærminger. Kravet må underbygges kvalitativt og kvantitativt etter de linjer jeg har redegjort for. At dette ikke nødvendigvis er mulig å gjøre fullt ut, betyr med andre ord ikke at det helt kan unnlates.»

«Utgangspunktet må altså være at skadelidte – entreprenøren – skal påvise konkret hvilke arbeidsoperasjoner som ble påvirket av byggherreforholdene og beregne de merkostnader dette har medført.»

Disse synspunktene innebærer at bevisførsel alene basert på generelle erfaringstall, eller andre generelle metoder, ikke er tilstrekkelig. Denne type bevisførsel kan imidlertid – etter omstendighetene – tjene som et supplement til konkrete bevis som direkte gjelder prosjektet. En enkel sammenligning av faktisk ressursbruk

med entreprenørens kalkyle, synes derimot helt å være avvist. Dette er en metode som inneholder så store svakheter at den er uegnet som metodegrunnlag. Kalkylen til entreprenøren kan være feil helt fra starten, og økt ressursbruk kan ha en rekke andre årsaker enn byggherreforhold.

De bevisvanskene man står overfor i saker om avledede følger av byggherreforhold, kan imidlertid ikke neglisjeres. Det kan derfor ikke forlanges at «de eksakte økonomiske konsekvensene av *hvert enkelt* byggherreforhold må påvises», se avsnitt 86. Dermed må utmålingen til en viss grad bero på skjønn, hvilket i praksis innebærer at domstolene ikke trenger konkret å begrunne enhver stipulering av tapet. Om dette sa Høyesterett følgende, se avsnitt 86:

«Kravene til bevis må ta høyde for at det kan være vanskelig eller umulig å knytte alle merutgiftene til enkelte byggherreforhold. Beviskravene kan ikke settes så høyt at det i praksis blir umulig eller urimelig tyngende for entreprenøren å føre bevis for plunder og heft. Ved plunder og heft står dessuten, som jeg har vært inne på, ofte den samlede effekten av byggherreforholdene på entreprenørens produktivitet i forgrunnen.»

Og videre i avsnitt 87:

«Den endelige utmålingen av tilleggsvederlaget vil følgelig i noen grad måtte bygge på et skjønn. Når bevisførselen knyttes opp til de to trinnene i årsakssammenhengen som jeg har redegjort for, vil imidlertid rommet for skjønn bli snevret inn. Utmålingen av tilleggsvederlaget kan da i større grad forankres i det faktum som finnes bevist.»

(3.2) Vurdering av lagmannsrettens begrunnelse

Etter å ha fastslått hvilke beviskrav som gjelder for sannsynligheten av årsakssammenhengen, benyttes dette som norm for utformingen av domsgrunnene til lagmannsretten, se avsnittene 89 til 98.

Høyesterett konstaterte at lagmannsretten langt på vei har lagt til grunn et korrekt rettslig utgangspunkt. Når det derimot gjelder den konkrete bedømmelsen, sviktet det. Som begrunnelse for utmålingen av kravet het det blant annet følgende i lagmannsrettens dom:

«Lagmannsretten har i den skjønnsmessige vurderingen lagt vekt på at det dreier seg om mange ulike byggherreforhold, hvorav noen sannsynligvis har hatt begrenset betydning for HABs produktivitet i omfang og/eller tid, mens andre har hatt større betydning og/eller har vært gjennomgående i hele anleggstiden. Etter en samlet vurdering finner lagmannsretten at kompensasjonen til HAB for effektivitetstap (plunder og heft), forsvarlig kan fastsettes til kr 5.000.000.»

Høyesterett karakteriserte utmålingen på følgende måte, se avsnitt 98:

«Jeg bemerker at denne skjønnsmessige fastsettelsen tilsynelatende er frikoblet fra de rettslige utgangspunktene som er formulert tidligere i dom-

men. Fastsettelsen av vederlagsbeløpet er uten forankring i de rettslige krav som lagmannsretten selv oppstiller for å fastslå årsakssammenheng. Etter mitt syn må konklusjonen da bli at dommen på dette punkt må oppheves på grunn av feil i rettsanvendelsen.»

(3.3) Erstatningsutmålingen – det Høyesterett ikke uttalte seg om

Som nevnt tidligere, uttalte ikke Høyesterett seg om selve utmålingen av vederlagsjusteringen (forutsatt at det forelå et produktivitetstap). Av de generelle uttalelsene til Høyesterett kan det imidlertid utledes at utmålingen må være konkret forankret, men samtidig gi et visst rom for mer skjønnsmessige betraktninger der hvor det ville være urimelig å forlange at de skal påvises direkte årsakssammenhenger mellom årsak og virkning.

I angloamerikansk entrepriselitteratur er dette temaet viet atskillig oppmerksomhet. En kortfattet behandling av ulike beregningsmåter finner vi i *Society of Construction Law Delay and Disruption Protocol*, 2 ed, February 2017. Vederlagsjustering som følge av redusert produktivitet er her behandlet i *Guidance* part B, punkt 18 «Disruption claims».

En oversikt over ulike utmålingsmetoder er gitt i punkt 18.13. Foreningen anbefaler bruk av «project-specific studies», hvilket samsvarer med Høyesteretts krav om konkret forankring av utmålingen. Av de ulike framgangsmåtene innenfor denne kategorien er det spesielt «measured mile analysis» som peker seg ut.

Metoden går i korthet ut på å plukke ut en (eller flere) arbeidsprosesser innenfor de kontraktsarbeidene som er berørt av byggherreforholdene (Employer RiskEvents), og jevnføre disse med sammenlignbare prosesser innen kontrakten som ikke er påvirket av slike omstendigheter. Hvis man på denne måten kan påvise en nedsatt produktivitet, vil man kunne argumentere for at en tilsvarende prosentmessig svekkelse av produktiviteten må ha skjedd andre steder som er berørt av byggherreforholdene. Forutsetningen for metoden er at prosessene er sammenlignbare, med hensyn til art, lengde, tidspunkt for utførelse, rammebetingelser, og så videre. Desto større justeringen man må foreta for å gjøre dem sammenlignbare, jo lavere overbevisningskraft vil argumentasjonen ha.

(4) Forseringskravet – avsnittene 99 til 109

(4.1) Hjemmelsgrunnlaget

Det er en lang tradisjon innenfor den profesjonelle entrepriseretten å innrømme entreprenøren en forseringsrett dersom byggherren avslår et berettiget krav om fristforlengelse, den såkalte defensive forseringsretten. I NS 3430 fra 1991 kom dette til uttrykk i punkt 17.6, og er i dag videreført i NS 8405: 2008 punkt 24.8.

Hensikten med regelen er å avhjelpe et dilemma for entreprenøren. Det vil alltid være knyttet usikkerhet

til om et krav på fristforlengelse går igjennom, i det minste om hele kravet aksepteres. Av den grunn er det risikabelt å stole på at man har rett, og levere arbeidene forsinket. I stedet kan entreprenøren forsere (innenfor visse grenser). Hvis det viser seg at kravet på fristforlengelse var berettiget, får han dekket sine utgifter, og dersom han tok feil må han bekoste forseringen selv. Sistnevnte løsning framstår i mange tilfeller som mer fordelaktig enn å bli ilagt dagmulkt og det skåret i renommé som følger av en forsinket overtakelse.

(4.2) Beviskravene

Når det gjelder forseringskravet, nøyde Høyesterett seg med å fastslå at det også her gjelder et vilkår om årsakssammenheng, og det vises i den sammenhengen til framstillingen i Marthinussen, Giverholt og Arvesen, *NS 8405 med kommentarer*, 4 utgave, Oslo 2016, side 339–340.

For øvrig går ikke nærmere inn på innholdet i dette kravet, hvilket innebærer at det er de samme generelle synspunktene som det er gjort rede for under produktivitetstapet som kommer til anvendelse.

(4.3) Vurdering av lagmannsrettens begrunnelse

Når det gjelder utmålingen av forseringskravet, sies det følgende i lagmannsrettens oppsummering:

«Som følge av den bevismessige usikkerhet som knytter seg til hvor stort behovet for forsering faktisk var i forhold til den fremdrift HAB ellers ville ha hatt, har lagmannsretten ikke grunnlag for å fastsette HABs rett til forsinkelse til et presist antall dager. Det fremstår like fullt som sannsynliggjort at HAB har vært i en berettiget forseringssituasjon, og lagmannsretten finner at kompensasjonen da må fastsettes skjønnsmessig. Sett hen til omfanget og betydningen av de forhold SVV er ansvarlig for, samt at forholdene samlet sett har påvirket HABs fremdrift gjennom hele anleggsperioden, finner lagmannsretten at HABs kompensasjon for forsering forsvarlig kan fastsettes til kr 2.500.000.»

Heller ikke denne begrunnelsen for utmålingen av forseringsutgiftene fyller kravene til årsakssammenheng, se avsnitt 108, hvor det framholdes følgende:

«Jeg kan vanskelig se at lagmannsretten i dette avsnittet har foretatt en konkret og individuell vurdering av årsakssammenhengen. Lagmannsretten går ikke konkret inn på hvilken forsinkelse som ville påløpt uten forsering, eller hvilke kostnader Hab Construction ville hatt ved å ta igjen forsinkelsen.»

(5) Konklusjon og sakskostnader – avsnittene 110 og 111
Høyesteretts konklusjon for så vidt gjaldt begge kravene til entreprenøren, var at lagmannsrettens begrunnelser led av slike svakheter at dommen måtte oppheves. Som nevnt innledningsvis ønsket ikke Høyesterett selv å foreta en ny utmåling.

Oppland fylkeskommune fikk fullt medhold i sin påstand om at lagmannsrettens dom måtte oppheves, og skulle etter hovedregelen i tvl 20-2 fått dekket sine

sakskostnader. Høyesterett valgte imidlertid å avvike fra regelen med følgende begrunnelse, se avsnitt 111.

«Det kan imidlertid gjøres unntak dersom tungtveiende grunner tilsier det. Saken har reist spørsmål som det var god grunn til å få prøvd i Høyesterett, og særlig fylkeskommunen har fremhevet sakens prinsipielle betydning for entreprenørbransjen. Jeg er derfor kommet til at Oppland fylkeskommune bør bære sine egne sakskostnader for Høyesterett.»

(6) Avsluttende merknader

Foreliggende dom er både prinsipiell og praktisk viktig, og er dessuten godt skrevet. Det har i lang tid hersket usikkerhet om hva domstolene kan kreve av beviser for avledet tap som følge av byggherreforhold. I dommen fastslås det at de alminnelige bevis- og årsaksreglene gjelder, hvilket innebærer at entreprenører i utgangspunktet må sannsynliggjøre sitt tap konkret. Et grunnelement i årsakskravet er en differansebetraktning: Gjennomføringen av arbeidsoppgavene uten tilstedeværelsen av byggherreforhold (den hypotetiske situasjonen) ville ha ført til en lavere ressursbruk. En entreprenør kan ikke nøye seg med å benytte indirekte eller generelle beregningsmetoder. For at kravet til bevis ikke skal settes urimelig høyt, må domstolene likevel akseptere at entreprenøren supplerer sin bevisføring med generelle erfaringstall. Den såkalte totalkostnadsmetoden (faktiske totalkostnader minus kalkulerte kostnader), anses som en helt uegnet metode.

En interessant prosessuell observasjon skal gjøres til slutt. Tvisten i saken gjaldt lagmannsrettens begrunnelse. Oppland fylkeskommune anket både over rettsanvendelsen og saksbehandlingen, mens Hab angrep rettsanvendelsen.

Både når det gjaldt kravet om plunder og heft, og forseringskravet, konkluderte Høyesterett med at vederlagsutmålingen skjedde rent skjønnsmessig og var ikke koblet sammen med en konkret vurdering av årsakssammenhengene i saken. I begge tilfellene oppheves dommen på grunn av feil rettsanvendelse. Den viktigste effekten av at en domstol nøyer seg med en henvisning til et skjønn, er at man ikke tilkjennegir hvilke utmålingsprinsipper som anvendes. Dermed kunne lagmannsrettsdommen like gjerne vært opphevet som følge av saksbehandlingsfeil. Denne nyanse er av mer enn akademisk interesse. En voldgiftsdom kan oppheves på grunn av saksbehandlingsfeil, jf vogl § 43 første ledd bokstav e), forutsatt at det er nærliggende at feilen har hatt betydning for avgjørelsen. En rettsanvendelsesfeil kan derimot ikke begrunne et ugyldighetssøksmål. Det følger av vogl § 36 andre ledd at dommen «skal angi de grunner som den bygger på». En utelatt eller mangelfull begrunnelse for voldgiftsdomstolens avgjørelse vil derfor kunne angripes for de ordinære domstolene.

Lasse Simonsen

Arealfeil i konkurransegrunnlaget - HR-2019-830-A

(1) Tvisten

Høyesterett tok i denne tvisten standpunkt til betydningen av feil i konkurransegrunnlaget utarbeidet av byggherren (Statens vegvesen Region øst).

Saken gjaldt bygging av en 3,4 kilometer ny to-felts vei på Rv. 4. Arbeidet skulle gjennomføres som en utførelsesentreprise etter enhetspriskontrakt basert på NS 8406: 2009 (en forenklet utgave av NS 8405: 2008).

Entreprenør Magne Sveen AS vant anbudskonkurransen med et tilbud på 85 289 188 kroner eksklusive mva. Den 12. september 2013 innga entreprenøren krav om endringsordre basert på at Statens vegvesen hadde oppgitt et for lite areal som skulle håndteres, og derfor ble kalkulasjonen som lå til grunn for tilbudet, alt for lavt. Det ble fremmet et krav på 8 458 536 kroner på dette grunnlaget. Dessuten krevde entreprenøren dekning av økte transportkostnader med 2 400 000 kroner.

I tingretten fikk entreprenøren medhold, men med et lavere beløp enn påstått. Lagmannsretten frikjente derimot Staten for kravet. Anken for Høyesterett gjaldt rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen. Det ble besluttet at det ikke skulle forhandles om utmålingen av kravene. Dersom Høyesterett kom fram til at lagmannsrettens avgjørelse var feil, måtte derfor dommen oppheves.

(2) Nærmere om problemstillingen

Som nevnt var spørsmålet for Høyesterett om en feilangivelse i konkurransegrunnlaget burde hatt betydning for entreprenørens kalkulering av tilbudet.

Konkurransegrunnlaget ved vegbygging er normalt inndelt i separate arbeidsoperasjoner, eller prosesser som det heter i bransjespråket. I foreliggende sak var to slike prosesser av interesse. Den ene gjaldt prosess 21.4 kalt «Rensk av bergoverflate». Her var arealet som skulle renskes feil angitt til 24 000 m², mens det korrekte var 48 000 m². Denne feilen var erkjent av Statens vegvesen, og entreprenøren fikk betalt for det riktige arealet når det gjaldt rensk av overflate. Selve sprengningen, som den aktuelle tvisten gjaldt, var beskrevet i prosess 22.11 kalt «Sprengning med konturhullavstand 0,7 m». Her var det ikke angitt noe areal, men volum masse som skulle sprenges. Dette var korrekt oppgitt til 110 000 m³. Såkalte vegprofiler (VIPS) som lå ved konkurransegrunnlaget, viste et tverrsnitt av veien for hver 10 meter.

Ved kalkulering av sprengningsarbeid vil sprengningsdybden, eller «pallhøyden», være av avgjørende betydning. Kostnadene øker eksponentielt ved lavere pallhøyder. Det er derfor viktig å kunne ta standpunkt til forventet pallhøyde for å kunne beregne kostnadsnivået ved sprengningsarbeidene. I prosesskoden som angikk sprengning av berg, var det imidlertid bare oppgitt volum, ikke høyde. For å finne fram til en

gjennomsnittshøyde på «pallen», trakk entreprenøren inn opplysningen om areal fra prosessen som omhandlet bergrensk. Han delte angitt volum med arealet fra denne prosessen, og fant da fram til en gjennomsnittshøyde, som ble lagt til grunn i kalkulasjonen. Fordi arealet bare var oppgitt til halvparten av det korrekte, ble det dermed benyttet en alt for stor høyde i regnestykket, som igjen medførte et for lavt tilbud.

Staten anførte imidlertid at Magne Sveen ved bruk av nevnte kalkulasjonsmetode ikke hadde opptrådt slik en forstandig entreprenør ville ha gjort. Det ble anført at all informasjon i konkurransegrunnlaget knyttet til prosessen som omhandlet bergsprengning, var korrekt. Når det gjaldt spørsmålet om pallhøyde, måtte denne informasjonen hentes ut fra tverrprofilene. Den uriktige opplysningen om arealet i prosess 21.42 om rensk av bergoverflate, er helt irrelevant og skulle ikke fått noen konsekvenser for entreprenørens kalkulasjon.

Det grunnleggende spørsmålet i saken for Høyesterett er om entreprenøren har benyttet en akseptabel kalkulasjonsmetode ved å trekke inn de uriktige opplysningene i prosess 21.42.

(3) Rettslige utgangspunkter – avsnittene 33 til 38

Høyesterett starter med å fastslå de grunnleggende risikoreglene ved feil.

Når det gjelder *konkurransegrunnlaget*, har naturlig nok byggherren risikoen for at det oppstår feil i beskrivelsen som alene er utarbeidet av ham. Dette er fastslått en rekke ganger tidligere av Høyesterett, se Rt-2007-1489 Byggholt, Rt-2010-1345 Oslo Vei og Rt-2012-1729 Mika. Selv om det ikke har konkret betydning i aktuelle sak, presiserer Høyesterett under henvisning til de nevnte dommene at byggherren må sørge for et klart og entydig konkurransegrunnlag. Videre påpekes at i en anskaffelseskonkurranse vil det objektive fortolkningsprinsippet få en særlig styrke, jf Rt-2012-1729 Mika avsnitt 59.

På den andre siden er det entreprenøren som sitter med risikoen for egne *kalkyler*. Han må sørge for at de enkelte arbeidsprosesser får en pris som dekker kostnader og fortjeneste. Som fastslått i Rt-2003-1531 Feilprisingsdommen (basert prisingen på feil enhet), vil risikoen for en feilkalkulering bare i rene unntakstilfeller kunne veltes over på motparten.

Disse rettslige utgangspunktene var det ikke uenighet om. Foreliggende sak framviser imidlertid en kombinasjon av årsaksfaktorer som gjør risikoplasseringen mindre opplagt. Valg av kalkulasjonsmetode vil være avgjørende for om feilen i konkurransegrunnlaget skal få noen konsekvenser.

(4) Inngikk tverrprofilene i konkurransegrunnlaget – avsnittene 40 til 44

(4.1) Høyesteretts synspunkter

Statens hovedsynspunkt var at entreprenøren skulle ha benyttet tverrprofilene for å finne aktuelle pallhøy-

der. Dette benektet entreprenøren, og særlig hans parts-
hjelper – Maskinentreprenørenes Forbund – framhevet
at tegningene ikke var en del av konkurransegrunnla-
get og derfor kontraktuelt irrelevante som informa-
sjonskilde.

Høyesterett finner det ikke nødvendig å ta stand-
punkt til problemstillingen, men kommer likevel med
enkelte betraktninger som sår tvil om profilenes retts-
lige klassifisering: «Det er på denne bakgrunn i det
minste ikke helt innlysende at Statens vegvesen har
uttrykt klart nok at også D2 med tegninger mv. var en
del av konkurransegrunnlaget.»

(4.2) Kommentarer

De kritiske synspunktene til Høyesterett angående
tegningenes klassifisering er uheldig og representerer
et blindspor. Tegninger, herunder tverrprofiler, vil all-
tid være en del av kontraktsdokumentene i en utførel-
sesentreprise, noe som også forutsettes i NS 8405:
2008 punkt 4 og NS 8406: 2009 punkt 4. Det er gjen-
nom disse dokumentene at byggherren gir anvisning
på hva som skal bygges.

Et annet spørsmål er hvilken rettslig status disse
kontraktsdokumentene har ved kalkulasjonen av tilbu-
det. For det første er de plassert lavere i dokument-
hierarkiet enn beskrivelser. Ved motstrid går beskri-
velsen foran, se nedenfor. Dette aksentueres ved
e-posten fra Statens vegvesen avsendt den 21. desember
2013, og hvor det ble presisert at «mengdene angitt i
konkurransegrunnlaget er de gjeldende». For det andre
utgjør ikke tegningene et selvstendig kalkulasjons-
grunnlag, jf NS 8406: 2009 punkt 4 andre ledd: «Utfø-
relse som bare er angitt på tegning, men som også burde
ha vært angitt i beskrivelsen eller mengdefortegnelsen,
omfattes ikke av kontrakten.» Tegningenes funksjon
er derfor bare å vise hvorledes arbeider som er beskrev-
et, skal utføres. Den reelle problemstillingen i forelig-
gende sak var om informasjonen om pallhøyde som
fantas i tverrprofilene, var tilgjengelig for entreprenø-
ren på en tilstrekkelig enkel måte.

(5) Vurdering av entreprenørens kalkulasjonsmetode

(5.1) Vurderingstemaet

Den grunnleggende problemstillingen i foreliggende
sak var om entreprenøren benyttet en forsvarlig kal-
kylemetode for beregning av kostnadene ved spreng-
ningsarbeidet ved å trekke inn opplysninger fra en
annen prosesskode. Flere steder i dommen viser Høy-
esterett til det normkravet som ble stilt opp i Rt-2012-
1729 Mikadommen, avsnitt 69: Hvorledes ville «en
normalt forstandig tilbyder» ha forholdt seg?

Vanligvis er denne problemstillingen uten interesse
for motparten i et kontraktsforhold simpelthen fordi
entreprenøren sitter med (den objektive) risikoen for
feilkalkulering. Når det foreligger opplysningssvikt
fra byggherrens side, kommer derimot spørsmålet på
spissen. Det vurderingstemaet som stilles opp av Høy-

esterett, innebærer at byggherrens ansvar for konse-
kvensene av feil i konkurransegrunnlaget forutsetter
at entreprenøren har opptrådt forsvarlig.

(5.2) Hvor naturlig og vanlig var den valgte meto- den – avsnittene 45 til 47

Høyesterett startet sin forsvarlighets- eller aktsomhets-
vurdering ved å se på hvor naturlig det var å trekke inn
opplysningen om areal fra en annen prosesskode. Gan-
ske kort slo Høyesterett fast at det er nær sammenheng
mellom de to aktuelle prosessene. Det arealet som ren-
skes, er det området hvor sprengning skal gjennomfø-
res (med unntak av en ekstra to meters sone).

Dernest kommenteres utbredelsen av den valgte
kalkulasjonsmetoden. Hadde det foreligget en fast
praksis for beregningsmåten, ville saken vært avgjort.
En slik tradisjon forelå imidlertid ikke.

I stedet konstaterte Høyesterett at Magne Sveen
benyttet samme metode for beregning av enhetspriser
i alle andre sprengningsprosjekter, og at entreprenø-
ren ikke var alene om denne måten å kalkulere på.
Videre forelå det uttalelser, som Høyesterett la en viss
vekt på, at det dreide seg om en helt vanlig måte å
kalkulere på.

(5.3) Betydningen av tverrprofilene – avsnittene 48 til 50

(5.3.1) Høyesteretts synspunkter

Det kritiske spørsmålet i tvisten var hvilken betydning
man skulle tillegge tverrprofilene (i alt ca 340 styk-
ker). Statens synspunkt var at entreprenøren skulle
hentet ut de eksakte pallhøydene fra disse profilene i
stedet for å basere seg på en arealangivelse fra en an-
nen arbeidsprosess.

Høyesterett var ikke enig med Staten og argumen-
terte langs to ulike linjer.

For det første ble den faktiske tilgjengeligheten av
opplysningene trukket fram, se avsnitt 49. Det ble pekt
på at de færreste entreprenører har nødvendig pro-
gramvare for å kunne foreta beregninger med utgangs-
punkt i det elektroniske materialet. Og uten en slik
programvare forelå det ingen enkel manuell måte å
foreta en beregning av pallhøydene.

For det andre ble følgende prinsipielle rettslige syns-
punkt understreket, se avsnitt 50:

«For det andre rokker ikke informasjonen i tverr-
profilene ved at det gjennom arealangivelsen i
prosess 21.42 faktisk er gitt en uriktig opplysning
av relevans for sprengningskalkylene. Som nevnt
har byggherren ansvar og risiko for feil i prosjek-
teringsgrunnlaget, jf. NS 8406:2009 punkt 18.1
og den rettspraksis jeg har vist til. Holdt opp mot
denne arealangivelsen skaper avvikende informa-
sjon i tverrprofilene en uklarhet. En slik uklarhet
må som nevnt gå ut over Statens vegvesen som
byggherre.»

I denne forbindelse ble også motstridsreglene i standardene trukket fram, se avsnitt 51. I tilfelle konflikt mellom tegninger og beskrivelse, går beskrivelsen foran tegningene.

(5.3.2) Kommentarer

Det er naturlig å forstå Høyesteretts to argumentasjonsmåter slik at dersom feilrisikoen skal flyttes over på entreprenøren, måtte opplysningene i tverrprofilene kunne hentes fram på en tilstrekkelig enkel måte. Siden dette ikke var tilfelle, satt Statens vegvesen med risikoen for uriktig arealangivelse. Hvis konkurransegrunnlaget uttrykkelig hadde pålagt entreprenørene å benytte tverrprofilene ved kalkulasjonen av enhetsprisene, må dette antas å ha vært avgjørende for spørsmålet.

Selv om Høyesteretts standpunkt i tvisten langt fra er overraskende, er det likevel grunn til å gjøre visse refleksjoner.

En faktisk forutsetning for Høyesteretts standpunkt synes å være at de færreste entreprenørene forfører over den nødvendige programvare for å foreta beregninger på grunnlag av de elektroniske tverrprofilene. I en slik situasjon vil altså entreprenøren kunne foreta beregninger helt uten å gå inn i tegningsmaterialet.

Utgangspunktet er at entreprenøren trenger opplysninger om de såkalte pallhøydene for å kunne kalkulere enhetsprisene. Som framhevet av Høyesterett, er dette en informasjon av helt vital betydning fordi kostnadene ved sprengningsarbeidet øker eksponentielt med lavere høyder. Det er da ikke helt opplagt at entreprenøren kan nøye seg med en enkel, og svært unøyaktig, beregning av gjennomsnittshøyden basert på opplysninger fra en annen arbeidsoperasjon i stedet for å benytte informasjon direkte knyttet til den aktuelle arbeidsoperasjonen.

En alternativ oppfatning er at en forsvarlig kalkulasjon alltid må være konkret forankret i den forstand at tilbudsprisen skal baseres på de sannsynlige kostnader ved å utføre det beskrevne arbeidet. En entreprenør må dermed skaffe seg spesifikk kunnskap om den veistrekningen som skal bygges, gjennom befaring på stedet (avholdt anbudsbevaring), og granskning av plantegninger og tverrprofiler. Ikke minst må kartlegges hvor lange og dype skjæringene er som skal sprenges. Den nærliggende framgangsmåten er å inndele veien i noenlunde homogene strekninger (skjæringer, flåsprengning, osv), og deretter konkret vurdere kostnadene for hver av disse. Hvor detaljert man skal gå til verks, må være opp til den enkelte entreprenør. Når man så summerer disse kostnadene, vil man ha skaffet seg et bilde av de sannsynlige, samlede utgiftene ved arbeidet. Deretter må entreprenøren, ut fra sin driftsorganisasjon og policy, fastlegge et påslag til dekning av indirekte kostnader, risiko og fortjeneste. Fordi entreprenøren ikke får betalt en fastpris, men en enhetspris for kubikkmeter med sprengning uansett pallhøyde, må fastpristallet deles på det oppgitte volu-

met i mengdefortegnelsen (som var angitt korrekt). Ved en slik forsvarlig kalkulasjonsprosedyre ville ikke det oppgitte feilarealet ha spilt noen rolle.

For øvrig er det berettiget å spørre hvor vanskelig det er for en profesjonell anleggsentreprenør å avdekke at regnestykket over gjennomsnittshøyden var feil. Siden arealet var dobbelt så stort som oppgitt, må høyden ha vært bare halvparten av det entreprenøren kom fram til ved sin beregning, ca 2,3 meter i stedet for 4,6 meter. (I anførselene for lagmannsretten framholdt entreprenøren at det var lagt til grunn en gjennomsnittspallhøyde på 6,5 m i linjen, mens den faktiske pallhøyden viste seg å være på 2,78 m, det vil si et enda større avvik.) Spørsmålet er om ikke et slikt avvik ville ha blitt oppdaget ved en temmelig summarisk gjennomgang av tverrprofilene. I så fall forutsetter Høyesterett at en entreprenør helt kan unnlate å konferere sine beregninger med tverrprofilene selv om disse viser eksakte pallhøyder per 10 meter.

I den forbindelse kan det nevnes at dersom en entreprenør får mistanke om feil ved angivelsen i konkurransegrunnlaget, vil han kunne henvende seg til byggherren før tilbudsfristens utløp og fått avklart de faktiske forhold. I Rt-2007-1489 Byggholtdommen avvist imidlertid Høyesterett at det forelå noen avklaringsplikt for entreprenøren i forbindelse med anbuds konkurranser. Staten mente dette standpunktet berodde på en misforståelse i tvisten inntatt i Rt-2012-1729 Mikadommen, men Høyesterett fant ikke grunn til å gå inn på problemstillingen, se avsnitt 65.

(6) Hjemmel for vederlagsjusteringen

Høyesteretts domspremisser avsluttes med å fastslå hjemmelsgrunnlaget for kravet om vederlagsjustering.

En uriktig angivelse av mengdene som skal håndteres, er en prosjekteringsfeil på byggherrens side. Dette er å betrakte som en medvirkningssvikt etter NS 8406: 2009 punkt 18.1, og entreprenøren har dermed krav om en justering av vederlaget i medhold av punkt 19.4.

(7) Konklusjon og sakskostnader – avsnittene 52, 57 og 58
Høyesterett konkluderte med at Magne Sveen opptrådte som «en normalt forstandig tilbyder» ved bruk av kalkuleringsmetode, og at Statens vegvesen måtte bære risikoen for den feilberegningen som oppsto. Konsekvensen er at lagmannsrettsdommen oppheves.

Når det gjaldt sakskostnader, fulgte Høyesterett hovedregelen i tvl § 20-2 første ledd om at den som har vunnet saken skal få dekket sine kostnader. Unntaksreglene i tredje ledd ble vurdert, men ikke funnet anvendelig. Høyesterett må med andre ord ha ment at saken ikke var så tvilsom at det var god grunn til å få den prøvd for retten.

For øvrig kan man merke seg at kravet på sakskostnader fra entreprenøren på 877 500 kroner ble god tatt under «noe tvil».

Lasse Simonsen

Litteratur

Lasse Simonsen: *Prisavslag og erstatning for mangler ved fast eiendom*. Gyldendal, Oslo, 2019. 139 sider. ISBN 978-82-05-52105-6

Boken behandler prisavslag og erstatning for mangler ved fast eiendom. Avhendingsloven er den sentrale loven på området, men også regler i bustadoppføringslova behandles. Dessuten ser forfatteren reglene i sammenheng med regler i annen kontraktslovgivning. Et viktig budskap i boken synes nettopp å være at reglene må ses i sammenheng, også internt i avhendingsloven. Loven har flere bestemmelser om prisavslag og erstatning. Innholdet i disse må fastlegges på en måte som gir et helhetlig system. Forfatteren bruker mye plass på HR-2017-515-A Hybeldommen, der det var dissens i Høyesterett om prinsippet for utmåling av erstatning som hjemles i avhl. § 4-14. Det er et hovedsyn for forfatteren at løsningen må harmonere med erstatning etter § 4-10 og prisavslag etter § 4-12. Boken behandler også det prosessuelle forholdet mellom prisavslag og erstatning, vilkårene for fritak for kontrollansvar, ansvar for indirekte tap og flere andre temaer som ikke skal fremheves her. Boken bærer preg av et ønske om å modernisere reglene om kompensasjon for mangler, blant annet ved å løse opp forutsetningen om økonomisk tap og at tapet må stå i årsaks-sammenheng med mangelen. Selv om bokens tema er mangler ved fast eiendom, er det klart at den har stor interesse for rettsreglene om prisavslag og erstatning også utenfor dette området.

Trygve Bergsåker

PENGEKRAVSRETT

Motregning med foreldet motkrav. Høyesteretts dom 2. september 2019 (HR-2019-1662-A)

Spørsmålet i saken var om Statens pensjonskasse (SPK) kunne motregne løpende alderspensjon mot foreldet krav på tilbakebetaling av for mye utbetalt uførepensjon. Medlemmet (pensjonisten) hadde i perioden fra 2007 til han gikk over på alderspensjon 1. mars 2016 fått utbetalt uførepensjon fra SPK med større beløp enn han hadde rett til. Feilen ble oppdaget en tid etter at han gikk over på alderspensjon. Pensjonskassens krav på tilbakebetaling var hjemlet i lov om Statens pensjonskasse (pensjonskasseloven, LOV-1949-07-28-26) § 44 sjettede ledd, og var ikke omtvistet i saken for Høyesterett. Problemet var at en del av tilbakebetalingskravet var foreldet etter foreldelsesl. §§ 2 og 3, som innebærer suksessiv foreldelse tre år fra hver enkelt uriktig utbetaling (dommens avsnitt 41). Tilleggsfrist etter §§ 10 eller 11 var ikke påberopt (fortsett avsnitt 41). SPK erklærte motregning med fremtidige utbetalinger av alderspensjon, og viste til foreldelsesl. § 26 b) om rett til motregning mot foreldet motkrav. Av et

samlet krav på tilbakebetaling på til sammen ca 679 000 kroner (655 000 pluss 24 000) var ca 494 000 kroner (470 000 pluss 24 000) foreldet da motregning ble erklært. Lovens vilkår for rett til motregning med foreldet motkrav er at det to kravene «springer ut av samme rettsforhold» og at hovedkravet (alderspensjon) «er oppstått» før motkravet (tilbakebetaling av uførepensjon) «ble foreldet». Høyesterett konkluderte enstemmig med at lovens vilkår for motregning var oppfylt.

Det følger både av pensjonskassel. § 44 åttende ledd og av alminnelige motregningsregler at krav på tilbakebetaling i utgangspunktet kan dekkes inn gjennom motregning («trekk i fremtidige ytelser», som det heter i § 44 åttende ledd). Foreldelse av krav på tilbakebetaling og virkningen av dette for retten til motregning er ikke regulert i pensjonskasseloven. Foreldelse og retten til motregning med foreldet motkrav må derfor avgjøres etter reglene i foreldelsesloven.

Førstvoterende behandler først (avsnitt 47–58) spørsmålet om SPKs krav på tilbakebetaling av uførepensjon og pensjonistens krav på alderspensjon fra SPK springer ut av samme rettsforhold. Deretter (avsnitt 59–85) behandler hun spørsmålet om krav på alderspensjon var oppstått før krav på tilbakebetaling av uførepensjon ble foreldet.

Krav som springer ut av samme rettsforhold, kalles gjerne konnekse (avsnitt 46). Konneksitet kan ha betydning i flere sammenhenger, og er blitt grundig drøftet i den juridiske teorien. Det bør her nevnes at det ikke er gitt at kriteriet «springer ut av samme rettsforhold» og begrepet konneksitet er det samme i alle sammenhenger.

Førstvoterende går inn på teoriens behandling av konneksitet. Det typiske tilfellet av «samme rettsforhold» er at kravene bygger på en og samme kontrakt. Også krav som bygger på forskjellige kontrakter, kan ha en slik sammenheng med hverandre at de bør regnes som konnekse. Førstvoterende uttaler i avsnitt 53 at krav med grunnlag i forskjellige avtaler normalt vil være konnekse dersom kontraktene er ledd i et løpende forretningsforhold mellom partene. Det felles «rettsforhold» som knytter kravene sammen, kan også være noe annet enn en kontrakt.

Utvidet rett til motregning når kravene er konnekse, hviler på et rimelighetshensyn. Når kravene er nært knyttet til hverandre, ville det kunne virke urimelig om den ene parten kan kreve sitt uten samtidig å gjøre opp med motparten (avsnitt 52).

Førstvoterende nevner allerede i avsnitt 35 at uførepensjon går automatisk over til alderspensjon ved oppnådd pensjonsalder. I avsnitt 57 viser hun til at det i saken er ubestridt at motregning kunne ha vært gjennomført så lenge pensjonisten fortsatt var på uførepensjon. Problemstillingen i saken kunne ha vært formulert som et spørsmål om kravene opphører å være konnekse når pensjonisten går over på alderspensjon.

Førstvoterende siterer i avsnitt 55 fra lagmannsrettens dom: Krav på uførepensjon og krav på alderspensjon

har sine grunnlag i arbeidsavtalen og i pensjonskasseloven. Også krav på tilbakebetaling av uførepensjon kan knyttes til arbeidsavtalen og til medlemmets krav på uførepensjon etter arbeidsavtalen og loven. Lagmannsretten fant at sammenhengen mellom uførepensjon og alderspensjon «tilsier at SPK bør ha anledning til å motregne». Kravene er så nært knyttet til hverandre at vilkåret om «samme rettsforhold» i § 26 b) er oppfylt.

Førstvoterende slutter seg i avsnitt 56 til lagmannsrettens begrunnelse. Hun finner at sammenhengen mellom de to kravene er så nær at det kan fremstå som lite rimelig om A kan kreve løpende utbetaling av alderspensjon uten samtidig å betale tilbake de beløpene som tidligere var blitt uriktig utbetalt (avsnitt 57).

Neste spørsmål er om pensjonistens krav på alderspensjon var oppstått før tilbakebetalingskravet ble foreldet. Førstvoterende nevner i avsnitt 62 at dette vilkåret ifølge lovhistorien synes begrunnet med at motregneren (her SPK) i så fall kunne ha en berettiget motregningsforventning før foreldelsen fant sted.

Hovedkravets *forfalls- eller frigjøringstid* er altså ikke avgjørende. Spørsmålet er når kravet på alderspensjon oppsto.

Førstvoterende nevner i avsnitt 63 at det er «lite relevant rettspraksis knyttet til forståelsen av uttrykket «er oppstått» slik dette er brukt i foreldelsesloven». Hun kommenterer i avsnitt 63 og 64 noen avgjørelser fra Høyesterett og Kjæremålsutvalget om når fordringer anses oppstått på andre rettsområder. Deretter kommenterer hun i avsnitt 66 og 67 Borgarting lagmannsretts dom LB-1996-911, som gjaldt foreldesl. § 26 b), men med et annerledes faktum. I dommen legges det til grunn at en fordring som opptjenes over tid (i saken gjaldt det en prosjektleders krav på honorar for løpende arbeid), kan anses oppstått etter hvert som den er opptjent. Førstvoterende finner i avsnitt 67 at det har gode grunner for seg at motregning kan finne sted etter § 26 b) så langt det foreldede motkravet ikke overstiger det hovedkravet som er opptjent. Det foreligger i så fall «ikke bare et mer teoretisk hovedkrav, men en reell forpliktelse som har fått et definert materielt innhold».

Deretter viser førstvoterende (avsnitt 68–70) til noe juridisk teori og til en uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling (avsnitt 70), før hun i en foreløpig oppsummering i avsnitt 71 fremhever at innholdet i kriteriet «er oppstått» i § 26 b) må fastlegges ut fra blant annet formålet med bestemmelsen, som er beskyttelse av en forventet motregningsposisjon. Videre fremhever hun i avsnitt 72 at motregning mellom tilbakebetaling av en type pensjonsytelse mot en annen type løpende pensjonsforpliktelse er en særegen problemstilling, særlig fordi ytelsenes tidsperspektiv er langt.

Etter dette vender førstvoterende tilbake til den individuelle saken. Hun gjentar partenes anførsler om når fordringen på alderspensjon anses oppstått. Disse spenner fra inngåelsen av arbeidsavtalen til medlemmets pensjonsalder (avsnitt 74). Hun gjengir også (avsnitt 75) partenes synspunkter på om reguleringen

av alderspensjon er offentligrettslig eller avtalerettslig. Hun finner ikke spørsmålet avgjørende i saken, og går ikke nærmere inn på det (avsnitt 76). Deretter kommer hun i avsnitt 78 tilbake til opptjeningssynspunktet. Retten til pensjon opptjenes i utgangspunktet suksessivt, og kravet på pensjon materialiserer seg gradvis. Kravet på alderspensjon oppstår etter som fordringen får et materielt innhold (avsnitt 80). Det vil være adgang til å motregne de foreldede tilbakebetalingskravene i den andelen av den løpende alderspensjonen som var opptjent da tilbakebetalingskravet ble foreldet (avsnitt 81). Etter en nærmere redegjørelse for opptjeningsprinsippene for alderspensjon i SPK (avsnitt 82–83), hvor hovedregelen er suksessiv opptjening, men hvor det er unntak blant annet for tilfeller hvor medlemmet går over på uførepensjon, kom førstvoterende til at alderspensjonen i dette tilfellet var opptjent i sin helhet allerede da uførepensjonen ble innvilget og utbetalingen startet i 2007 (avsnitt 84). Kravet på alderspensjon oppsto før tilbakebetalingskravet ble foreldet. Motregning kunne skje etter § 26 b) (avsnitt 85–86).

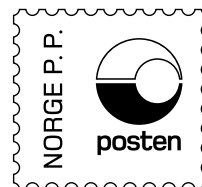
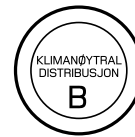
Førstvoterende gjør i avsnitt 87 og 88 noen tilføyer. Hun kan ikke se at SPKs motregningsrett vil være urimelig eller uforholdsmessig. SPK praktiserer «hensynsfull motregning» gjennom løpende nedbetaling uten rentebelastning. Hun viser videre til at dekningsl. § 2-7 i alle tilfeller vil komme inn som en sikkerhetsventil. Denne uttalelsen er ikke nærmere utdypet. I juridisk teori er det vanlig antatt at reglene i dekningsl. § 2-7 om begrensninger i kreditorenes beslagsrett, gjelder tilsvarende for tvungen motregning, når gjenstanden for kreditorbeslaget er en fordring som tilkommer skyldneren. Prinsippet er visstnok aldri tidligere uttalt av Høyesterett. Det følger for øvrig av uttalelsen at begrensningene i § 2-7 vil gjelde også når de kravene som motregnes, er konnekse.

Motregning i saken var heller ikke i strid med EMK.

Dommen inneholder uttalelser om konneksitet som kan ha betydning også på andre rettsområder. Det gjelder blant annet uttalelsen, i form av et obiter dictum, om at krav etter forskjellige kontrakter i løpende forretningsforhold normalt vil være konnekse. Dommen har også alminnelig interesse for spørsmålet om når en fordring med løpende opptjening anses oppstått etter § 26 b). Bare den delen som er opptjent når motkravet foreldes, kan benyttes til motregning. Videre innebærer uttalelsen om at dekningsl. § 2-7 er en sikkerhetsventil ved motregning, en nyttig bekreftelse fra Høyesteretts side, også dette i form av et obiter dictum. Man kan også merke seg at førstvoterende for begge de to hovedspørsmålene som saken reiser, legger vekt på begrunnelsen for de to kriteriene i § 26 b) når innholdet skal fastlegges. Vilåret om at kravene må springe ut av samme rettsforhold, er begrunnet med rimelighet, mens vilåret om at hovedfordringen må være oppstått når motkravet foreldes, er begrunnet med beskyttelse av en berettiget motregningsforventning.

Trygve Bergsåker

Returadresse:
Cappelen Damm Akademisk
Cappelen Damm AS
0055 Oslo



Endre Stavang (red.): *Ekspropriasjon*, 3. utgave

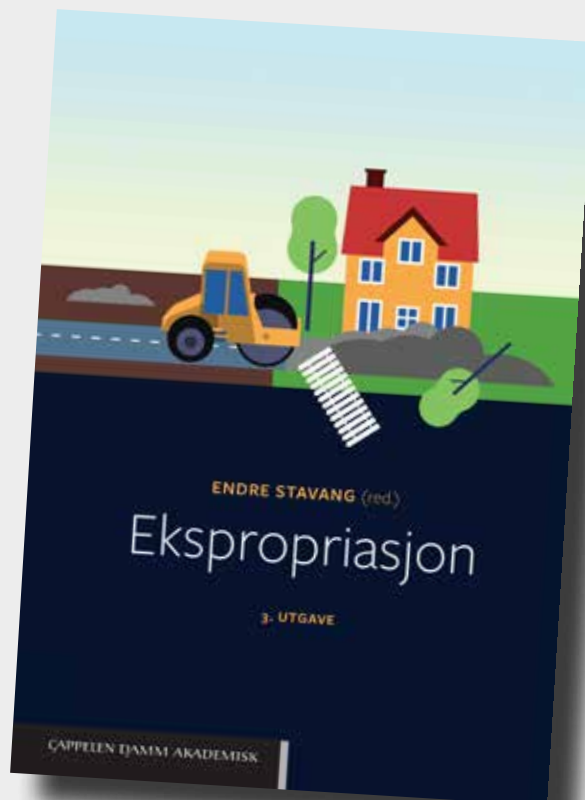
Cappelen Damm Akademisk, 2019

916 sider | kr 1350,-

Ekspropriasjon inneholder først en kort innføring i hva ekspropriasjon er. Videre går forfatterne grundig inn i en rekke praktiske og sentrale emner fra ekspropriasjonsretten.

Boken er nyttig for alle som arbeider med ekspropriasjonsrett i teori og praksis. Den egner seg også for studenter som vil fordype seg i faget.

Endre Stavang er redaktør for boken, som også har bidrag fra Anja Kristin Ankerud, Julia Kråkenes Bennin, Johannes Alois Eriksen, Anna Føllesdal, Jan Erik Johansen, Ingrid Wang Larsen, Nils Erik Lie, Henriette Lyngholt, Håvard Olsen Sterri og Anders Jahr Svalheim.



Nytt i privatretten

Nytt i privatretten utgis av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo i samarbeid med Cappelen Damm Akademisk.

Redaktør: Geir Stenseth
Redaksjonssekretær: Eva Dobos
Forlagsredaktør: Eirik Spillum
Foto/layout forside: Mona Ø. Ådum

Et doms- og emneregister for *Nytt i privatretten* er tilgjengelig på forlagets nettsider:
www.cda.no

Abonnement fås ved henvendelse til Cappelen Damm Akademisk, telefon 21 61 66 13

Et årsabonnement (2019) på *Nytt i privatretten* koster kr 680,-. Studentabonnement koster kr 350,-. Abonnementet løper til det blir sagt opp skriftlig.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

Cappelen Damm Akademisk
Cappelen Damm AS
0055 Oslo
E-post: jus@cappelendamm.no
<http://www.cda.no>

Nytt i privatretten © Cappelen Damm AS 2019
ISSN 1501-9594

Neste utgave kommer november 2019.